

LEISTUNG und GEGENLEISTUNG beim BEREICHERUNGS AUSGLEICH

— Zugleich ein Beitrag zur Rückabwicklung in den
Mehrpersonenverhältnissen —

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
KLAUS-PETER RUDORF
aus Bielefeld

1981

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555410_0049

LEISTUNG und GEGENLEISTUNG

beim

BEREICHERUNGS AUSGLEICH

- Zugleich ein Beitrag zur Rückabwicklung
in den Mehrpersonenverhältnissen -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Klaus-Peter Rudorf
aus Bielefeld

1981



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kiefner
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kupisch
Dekan: Prof. Dr. Hoppe
Tag der mündlichen Prüfung: 21. 11. 1980

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- BATSCH, Karl Ludwig Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen
Marburg 1968
(zitiert: BATSCH, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe).
- derselbe Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige - Zum Problem der Bereicherung bei unwirksamem Mietvertrag,
in: NJW 1969, 1743 ff.
- derselbe Bereicherungshaftung ohne Vermögensmehrung ?,
in: NJW 1972, 611 ff.
- BAUR, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts
10. Auflage, München 1978.
- derselbe/WOLF, Manfred Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld - Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers,
in: JuS 1966, 393 ff.
- BERG, Hans Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB,
in: AcP 160 (1961), 505 ff.
- derselbe Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 5. 10. 1961 - Az.: VII ZR 207/60 -, NJW 1961, 2252,
in: NJW 1962, 101 f.
- derselbe Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten - BGHZ 36, 30,
in: JuS 1964, 137 ff.
- BEUTHIEN, Volker u.a. Studienkommentar zum BGB
Frankfurt 1975.
- derselbe Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis
Tübingen 1969
(zitiert: BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung).
- derselbe Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem,
in: RdA 1969, 161 ff.

II

- BEUTHIEN, Volker Zuwendender und Leistender,
in: JZ 1968, 323 ff.
- derselbe Buchbesprechung: Dießelhorst, Malte,
Die Natur der Sache als außergesetzliche
Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtspre-
chung zur Saldotheorie,
in: JZ 1969, 570 f.
- derselbe/WEBER, Hansjörg Ungerechtfertigte Bereicherung und Auf-
wendungsersatz
München 1976.
- BLOMEYER, Arwed Fortschritte der modernen Schuldrechts-
dogmatik,
in: AcP 154 (1955), 527 ff.
- BOEHMER, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsord-
nung,
Zweites Buch, 2. Abteilung
Tübingen 1952
(zitiert: BOEHMER, Grundlagen, II, 2).
- derselbe Schranken des Rücktrittsrechts des Käu-
fers einer gestohlenen Sache,
in: JZ 1952, 521 ff.
- derselbe Rechte und Pflichten des Käufers einer
gestohlenen Sache,
in: JZ 1953, 392 ff.
- BOSSE, Peter Das bereicherungsrechtliche Problem
der rechtsgrundlosen Verfügung eines
Nichtberechtigten
Diss. Göttingen 1971
(zitiert: BOSSE, Rechtsgrundlose Verfö-
gung).
- BRANDI, Axel Bereicherung aus fremdem Vertrag
Diss. Münster 1966.
- BROX, Hans Allgemeines Schuldrecht
7. Auflage, München 1978.
- derselbe Besonderes Schuldrecht
6. Auflage, München 1978.
- derselbe Die Haftung des Besitzers für Zufalls-
schaden,
in: JZ 1965, 516 ff.

- CAEMMERER, Ernst von Bereicherung und unerlaubte Handlung,
in: Festschrift für Ernst Rabel,
Bd. 1, S. 333 ff.
Tübingen 1954.
- derselbe Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem
Erwerb,
in: Festschrift für Gustav Boehmer,
S. 145 ff.
Bonn 1954
(= Gesammelte Schriften, Bd. 1, Rechts-
vergleichung und Schuldrecht, S. 295 ff.
Tübingen 1968).
- derselbe Bereicherungsansprüche und Drittbezie-
hungen,
in: JZ 1962, 385 ff.
- derselbe Übereignung durch Anweisung zur Übergabe,
in: JZ 1963, 586 ff.
- derselbe "Mortuus redhibetur" - Bemerkungen zu
den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137,
in: Festschrift für Karl Larenz,
S. 621 ff.
München 1973.
- CANARIS, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964.
- derselbe Ansprüche wegen "positiver Vertragsver-
letzung" und "Schutzwirkung für Dritte"
bei nichtigen Verträgen,
in: JZ 1965, 475 ff.
- derselbe Der praktische Fall, Bürgerliches Recht:
Das parzellierte Grundstück,
in: JZ 1969, 80 ff.
- derselbe Anmerkung zu der Entscheidung des BGH
vom 8. 1. 1970 - Az.: VII ZR 9/70 -,
in: JZ 1971, 560 ff.
- derselbe Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht
München 1971
(zitiert: CANARIS, Die Vertrauenshaftung).
- derselbe Einwendungsausschluß und Bereicherungs-
ausgleich im Girovertragsrecht,
in: BB 1972, 774 ff.

- CANARIS, Claus-Wilhelm Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis,
in: Festschrift für Karl Larenz,
S. 799 ff.
München 1973.
- COSTEDE, Jürgen Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts
Berlin 1977
(zitiert: COSTEDE, Dogmatische und methodologische Überlegungen).
- DEPLEWSKI, Edgar Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma
Diss. Tübingen 1976.
- DIEDERICHSEN, Uwe Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz,
in: NJW 1966, 697 ff.
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20. 5. 1964 - Az.: VIII ZR 153/63 -, NJW 1964, 1853,
in: NJW 1964, 2296 f.
- DIESELHORST, Malte Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie
Tübingen 1968
(zitiert: DIESELHORST, Die Natur der Sache).
- derselbe Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 8. 1. 1970 - Az.: VII ZR 130/68 -, in: JZ 1970, 416 ff.
- DIMOPOULOS-VOSIKIS, Haralambos Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB
Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- DITTRICH, Christian Die bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge nach "Wegfall der Bereicherung" (§ 818 Abs.3) - Eine Alternative
Diss. Marburg 1976
(zitiert: DITTRICH, Die bereicherungsrechtliche Abwicklung).
- DÖLLE, Hans Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht
München 1976
(zitiert: WEITNAUER, in: DÖLLE, Komm. zum Einheitlichen Kaufrecht).

- DUBISCHAR, Roland Doppelverkauf und "ius ad rem",
in: JuS 1970, 6 ff.
- DULCKEIT, Gerhard Die Verdinglichung obligatorischer
Rechte
Tübingen 1951.
- EHMANN, Horst Die Funktion der Zweckvereinbarung bei
der Erfüllung,
in: JZ 1968, 549 ff.
- derselbe Über den Begriff des rechtlichen Grundes,
in: NJW 1969, 398 ff.
- derselbe Ist die Erfüllung Realvertrag ?,
in: NJW 1969, 1833 ff.
- derselbe Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom
11. 1. 1971 - Az.: VIII ZR 261/69 -,
in: NJW 1971, 612 ff.
- EMMERICH, Volker Das Verhältnis der Nebenfolgen der
Vindikation zu anderen Ansprüchen
Diss. Saarbrücken 1966
(zitiert: EMMERICH, Nebenfolgen).
- ENNECCERUS, Ludwig/
NIPPERDEY, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
2. Halbband, 15. Bearbeitung,
Tübingen 1960
(zitiert: ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allge-
meiner Teil, 2. Halbbd.).
- ENNECCERUS, Ludwig/
LEHMANN, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz u.a.,
Band 1 und 2
6. Auflage, Münster 1976
(zitiert: ERMAN/BEARBEITER).
- derselbe Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt
für die Verteilung der Preisgefahr
beim Werkvertrag,
in: JZ 1965, 657 ff.
- ESSER, Josef Schuldrecht, Band 1,
Allgemeiner Teil, 4. Auflage,
Karlsruhe 1970
(zitiert: ESSER, Schuldrecht AT).

- ESSER, Josef Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil,
4. Auflage, Karlsruhe 1971
(zitiert: ESSER, Schuldrecht BT).
- derselbe Vorverständnis und Methodenwahl in
der Rechtsfindung
Frankfurt 1970.
- derselbe/SCHMIDT, Eike Schuldrecht, Band I,
Allgemeiner Teil, Teilband 2
Heidelberg, Karlsruhe 1976
(zitiert: ESSER/E. SCHMIDT, Schuldrecht AT,
Bd. 2).
- FIKENTSCHER, Wolfgang Schuldrecht
6. Auflage, Berlin, New York 1976.
- FISCHER, Hans Albrecht Bereicherung und Schaden,
in: Festschrift für Ernst Zitelmann,
S. 1 ff.
München, Leipzig 1913.
- FLESSNER, Axel Wegfall der Bereicherung - Rechtsver-
gleichung und Kritik -
Berlin, Tübingen 1970
(zitiert: FLESSNER, Wegfall der Berei-
cherung).
- derselbe Haftung und Gefahrbelastung des
getäuschten Käufers,
in: NJW 1972, 1777 ff.
- FLUME, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft,
Berlin, New York, Heidelberg 1975
(zitiert: FLUME, Allg. Teil, Bd. 2).
- derselbe Der Wegfall der Bereicherung in der
Entwicklung vom römischen zum geltenden
Recht,
in: Festschrift für Hans Niedermeyer,
S. 103 ff.
Göttingen 1953.
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom
5. 10. 1961 - Az.: VII ZR 207/60 -,
in: JZ 1962, 281 f.
- derselbe Die Entreicherungsgefahr und die Gefahr-
tragung bei Rücktritt und Wandelung,
in: NJW 1970, 1161 ff.

- GERHARDT, Walter Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses, in: JZ 1970, 535 ff.
- derselbe Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), in: JuS 1970, 597 ff.
- GLASS, Eberhard Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt
Berlin 1959
(zitiert: GLASS, Gefahrtragung und Haftung).
- GÜTZ, Peter Der Vergütungsanspruch gemäß § 951 Abs. 1 BGB
Berlin 1974.
- GOETZKE, Heinrich Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht ?, in: AcP 173 (1973), 289 ff.
- GRUNSKY, Wolfgang Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, in: JZ 1962, 207 ff.
- GURSKY, Karl-Heinz Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige - Zum Problem der Bereicherung bei unwirksamem Mietvertrag -, in: NJW 1969, 2183 ff.
- derselbe Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, in: JR 1972, 279 ff.
- HADDING, Walther Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter
Tübingen 1970.
- HAGEN, Horst Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 867 ff., München 1973.
- HAINES, Hartmut Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb
Köln, Berlin, Bonn, München 1970
(zitiert: HAINES, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen).

- HANDELSGESETZBUCH
 Großkommentar, 3. Band, 2. Halbband,
 §§ 352-372
 3. Auflage, Berlin, New York 1973
 (zitiert: GROSSKOMM.-HGB/BEARBEITER).
- HARDER, Manfred
 Das Ende des bereicherungsrechtlichen
 Leistungsbegriffs,
 in: JuS 1979, 76 ff.
- HAUPT, Günter
 Über faktische Vertragsverhältnisse,
 in: Festschrift für Heinrich Siber,
 Bd. 2, S. 1 ff.,
 Leipzig 1943.
- HECK, Philipp
 Grundriß des Sachenrechts
 Tübingen 1930
 Nachdruck Aalen 1960.
- HONSELL, Heinrich
 Gefahrtragung und Schadensersatz bei
 arglistiger Täuschung,
 in: MDR 1970, 717 ff.
- derselbe
 Bereicherungsanspruch und Schadensersatz
 bei arglistiger Täuschung,
 in: NJW 1973, 350 ff.
- HORST, Elsbeth
 Die Beschränkung der Bereicherungs-
 haftung
 Diss. Köln 1961.
- HUBER, Ulrich
 Bereicherungsansprüche beim Bau auf
 fremdem Boden, 30 Fälle und 13 Regeln
 zu § 951 BGB,
 in: JuS 1970, 342 ff. und 515 ff.
- derselbe
 Der Unfall des betrogenen Gebraucht-
 wagenkäufer - BGHZ 57, 137 - (Ent-
 scheidungsrezension),
 in: JuS 1972, 439 ff.
- derselbe
 Einige Problem des Rechts der Lei-
 stungsstörungen im Licht des Haager
 einheitlichen Kaufrechts,
 in: JZ 1974, 433 ff.
- JAKOBS, Horst Heinrich
 Eingriffserwerb und Vermögensverschie-
 bung in der Lehre von der ungerecht-
 fertigten Bereicherung
 Bonn 1964
 (zitiert: JAKOBS, Eingriffserwerb und
 Vermögensverschiebung).

- JHERING, Rudolf von Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte,
in: Jherings Jahrbücher für die Dogma-
tik, Bd. 2, S. 67 ff.
Jena 1858.
- JOERGES, Christian Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht
Köln 1977.
- KAehler, Christian-Michael Bereicherungsrecht und Vindikation-
Allgemeine Prinzipien der Restitution
dargestellt am deutschen und englischen
Recht
Bielefeld 1972
(zitiert: KAehler, Bereicherungsrecht
und Vindikation).
- KASER, Max Das Römische Privatrecht
1. Abschnitt, München 1955
2. Abschnitt, München 1959.
- KAYSERS, Hans Henning Der Verwendungsersatzanspruch des Be-
sitzers bei vertraglichen Leistungen
Bielefeld 1968.
- KELLMANN, Christoph Grundsätze der Gewinnhaftung
Berlin 1969
(zitiert: KELLMANN, Gewinnhaftung).
- derselbe Bereicherungsausgleich bei Nutzung
fremder Rechtsgüter - Zugleich eine
Besprechung des BGH-Urteils vom 7.1.1971
(blinder Flugpassagier) -,
in: NJW 1971, 862 ff.
- KIEFNER, Hans Der Einfluß Kants auf Theorie und
Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhun-
dert,
in: BLOHDORN/RITTER (Hrsg.), Philosophie
und Rechtswissenschaft, S. 1 ff.
Frankfurt 1969.
- KIPP, Theodor Über Doppelwirkungen im Recht,
in: Festschrift für Ferdinand v. Mar-
titz, S. 211 ff.
Berlin 1911.
- KLEINHEYER, Gerd Eingriffsbereicherung durch unbefugte
Nutzung und Wertersatz,
in: JZ 1961, 473 ff.
- derselbe Rechtsgutsverwendung und Bereicherungs-
ausgleich,
in: JZ 1970, 471 ff.

- KOCH, Norbert Gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch nach vollendeter Ersitzung einen Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer ? Diss. Marburg 1933
(zitiert: KOCH, Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer).
- KÜBL, Ursula Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB
Berlin 1971
(zitiert: KÜBL, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis).
- KÜNDGEN, Johannes Wandlungen im Bereicherungsrecht,
in: Festgabe für Josef Esser, S. 55 ff.
Kronberg 1975.
- KOETHER-RUCHATZ, Inge Die Haftung des Minderjährigen auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB,
in: NJW 1973, 1444 ff.
- KÜTTER, Hans Wilhelm Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion,
in: AcP 153 (1954), 193 ff.
- KOPPENSTEINER, Hans-Georg Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II),
in: NJW 1971, 1769 ff.
- derselbe/KRAMER, Ernst A. Ungerechtfertigte Bereicherung
Berlin, New York 1975.
- KRESS, Hugo Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts
München 1929
(zitiert: KRESS, Allgemeines Schuldrecht).
- derselbe Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts
München 1934
(zitiert: KRESS, Besonderes Schuldrecht).
- KÖHNE, G. Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 14. 10. 1971 - Az.: VII ZR 313/69 -, BGHZ 57, 137,
in: JR 1972, 112 f.
- KUPISCH, Berthold Die Versionsklage
Heidelberg 1965.
- derselbe Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht
Berlin 1977.

- KURZ, Isolde Der Besitz als möglicher Gegenstand
der Eingriffskondiktion
Tübingen 1969.
- LANGE, Heinrich Zur Umstellung der Bereicherung,
in: NJW 1951, 685 ff.
- LANGE, Hermann Verzugshaftung des Bereicherungs-
schuldners und des Besitzers,
in: JZ 1964, 640 ff.
- LARENZ, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürger-
lichen Rechts
4. Auflage, München 1977
(zitiert: LARENZ, Allgemeiner Teil).
- derselbe Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemei-
ner Teil
11. Auflage, München 1976
(zitiert: LARENZ, Schuldrecht AT).
10. Auflage, München 1970
(zitiert: LARENZ, Schuldrecht AT,
10. Auflage).
- derselbe Lehrbuch des Schuldrechts II: Besonde-
rer Teil
11. Auflage, München 1977
(zitiert: LARENZ, Schuldrecht BT).
9. Auflage, München 1968
(zitiert: LARENZ, Schuldrecht BT,
9. Auflage).
- derselbe Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New
York 1979.
- derselbe Zur Bedeutung des "Wertersatzes" im
Bereicherungsrecht,
in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer,
S. 209 ff.
Tübingen 1978.
- LEHMANN, Heinrich Berücksichtigung der für den Erwerb
einer fremden Sache gemachten Aufwendun-
gen bei der Bereicherungshaftung,
in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey,
S. 31 ff.
München, Berlin 1955.
- derselbe/HÖBNER, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuches
15. Auflage, Berlin 1966
(zitiert: LEHMANN/HÖBNER, Allgemeiner
Teil).

- LESER, Hans-Georg Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma - Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung
Diss. Freiburg 1956.
- derselbe Der Rücktritt vom Vertrag
Tübingen 1975.
- LIEB, Manfred Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen - Zugleich eine Stellungnahme zum "Flugreiseurteil" des BGH,
in: NJW 1971, 1289 ff.
- derselbe Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 14. 10. 1971 - Az.: VII ZR 313/69 -,
in: JZ 1972, 442 ff.
- LÜWISCH, Manfred Der Deliktsschutz relativer Rechte
Berlin 1970.
- LOPAU, Eberhard A. Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht
Berlin 1971.
- derselbe Noch einmal: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten,
in: JuS 1971, 233 f.
- derselbe Gutglaubensschutz und Bereicherungsausgleich bei Zuwendungen durch einen Putativschuldner auf Veranlassung eines Dritten - BGH NJW 1974, 1132,
in: JuS 1975, 773 ff.
- LORENZ, Werner Zur Frage des bereicherungsrechtlichen Durchgriffs in Fällen des Doppelmangels,
in: JZ 1968, 51 ff.
- derselbe Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich,
in: AcP 168 (1968), 286 ff.
- derselbe Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen,
in: JuS 1968, 441 ff.
- LOBTOW, Ulrich von Beiträge zur Lehre von der *condictio* nach römischem und deutschem Recht
Berlin 1952
(zitiert: v. LOBTOW, Beiträge zur *condictio*).

- LUHMANN, Niklas Rechtssystem und Rechtsdogmatik
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974.
- MEDICUS, Dieter Bürgerliches Recht
8. Auflage, Köln, Berlin, München,
Bonn 1978.
- derselbe Besitzschutz durch Ansprüche auf Scha-
densersatz,
in: AcP 165 (1965), 115 ff.
- derselbe Anmerkung zu der Entscheidung des
LG Lüneburg vom 6. 11. 1969 - Az.:
1 S 234/69 -,
in: NJW 1970, 665 f.
- derselbe Beschädigung eines Mietwagens durch
Minderjährigen - BGH NJW 1973, 1790,
in: JuS 1974, 221 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim Eingriffserwerb und Rechtsverletzung
in der ungerechtfertigten Bereicherung,
in: JZ 1958, 521 ff.
- METZLER, Ewald Zwei Rechtsfragen bei Autovermietungen
an Minderjährige,
in: NJW 1971, 690 f.
- derselbe Schadensersatz ohne Schaden beim min-
derjährigen blinden Flugpassagier,
in: MDR 1971, 633 ff.
- MEZGER, Ernst Rechte und Pflichten des Käufers
einer gestohlenen Sache,
in: JZ 1953, 67 ff.
- derselbe Die unechte Gesamtgläubigerschaft von
Eigentümer und Veräußerer einer gestoh-
lenen oder entzogenen Sache,
in: NJW 1953, 812 f.
- MÜSCHEL, Wernhard Fehlerhafte Banküberweisung und Berei-
cherungsausgleich,
in: JuS 1972, 297 ff.
- MOTIVE Motive zu dem Entwurfe eines BGB,
Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse,
Bd. 3, Sachenrecht,
Berlin und Leipzig 1888
(zitiert: MOTIVE, Bd.).
- MUGDAN, Bernhard Die gesamten Materialien zum BGB für
das Deutsche Reich, Bd. 1-3
Berlin 1899
(zitiert: MUGDAN, Bd.).

XIV

- | | |
|------------------------|---|
| NIEDERLANDER, Hubert | Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht
Weimar 1953. |
| OERTMANN, Paul | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen,
2. Buch, 2. Abteilung,
5. Auflage, Berlin 1929. |
| derselbe | Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften,
in: DJZ 1915, 1063 ff. |
| derselbe | Noch einmal die Bereicherungsansprüche aus nichtigen Geschäften,
in: Recht 1919, 329 ff. |
| derselbe | Anmerkung zu der Entscheidung des RG vom 12. 2. 1919 - Az.: V 259/18 -,
in: JW 1919, 377 f. |
| ORDEMANN, Walter | Die Haftungsbeschränkung des Bereicherungsschuldners (§ 818 Abs. 3)
Diss. Marburg 1956. |
| OSTENDORF, Heribert | Die Be- und Entreichung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen
Diss. Kiel 1972. |
| PALANDT, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u.a.,
38. Auflage, München 1978
(zitiert: PALANDT/BEARBEITER). |
| PAWLOWSKI, Hans-Martin | Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen
Göttingen 1966
(zitiert: PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen). |
| derselbe | Die Ansprüche des Vermieters eines Kraftfahrzeugs gegen den minderjährigen Mieter - OLG Hamm NJW 1966, 2357
(Entscheidungsrezension),
in: JuS 1967, 302 ff. |
| PFISTER, Bernhard | Zum Bereicherungsanspruch im Dreiecksverhältnis bei Fehlen der Anweisung,
in: JR 1969, 47 ff. |

- PICKER, Eduard Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis,
in: NJW 1974, 1790 ff.
- PINGER, Winfried Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses München 1973
(zitiert: PINGER, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis).
- derselbe Wertersatz im Bereicherungsrecht (I),
in: MDR 1972, 101 ff.
- derselbe Die Rechtsnatur der §§ 987-1003 BGB,
in: MDR 1974, 184 ff.
- PLANCK, Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Band, 1. Hälfte,
4. Auflage, Berlin, Leipzig
(zitiert: PLANCK/BEARBEITER).
- PREISLER, Bruno Über die Anrechnung der Gegenleistung auf den Bereicherungsanspruch
Diss. Erlangen 1929.
- PROTOKOLLE Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches,
Bd. 1, Berlin 1897,
Bd. 2, Berlin 1898.
- REEB, Hartmut Grundprobleme des Bereicherungsrechts München 1975
(zitiert: REEB, Grundprobleme).
- REICHSGERICHTSRATE und
BUNDESRICHTER Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar,
verschiedene Bände,
11. Auflage, Berlin 1959 ff.
(zitiert: RGRK/BEARBEITER).
12. Auflage, Berlin, New York 1974 ff.
(zitiert: RGRK/BEARBEITER, 12. Aufl.).
- RENGIER, Bernhard Wegfall der Bereicherung,
in: AcP 177 (1977), 418 ff.

- ROTH, Günter H. Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht,
in: Festschrift für Günther Küchenhoff,
S. 371 ff.
Berlin 1972.
- ROTHOFT, Dietrich Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich,
in: AcP 163 (1964), 215 ff.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von System des heutigen römischen Rechts,
Bd. 1, Berlin 1840,
Bd. 2, Berlin 1841
(zitiert: v. SAVIGNY, System, Bd.).
- SCHENCK, Dedo von Der Begriff der "Sphäre" in der Rechtswissenschaft
Berlin 1977.
- SCHEYHING, Robert Leistungskondition und Bereicherung
"in sonstiger Weise",
in: AcP 157 (1958/59), 371 ff.
- SCHMIDT, Eike Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter; zugleich eine Auseinandersetzung mit dem gleichnamigen Werk von Walther Hadding,
in: JZ 1971, 601 ff.
- SCHMIDT, Jürgen Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung
Köln, Berlin, Bonn, München 1969.
- SCHNITZLER, Elmar Unbeachtlichkeit des Bereicherungswegfalls trotz guten Glaubens ?,
in: JZ 1972, 270 ff.
- SCHULZ, Fritz System der Rechte auf den Eingriffserwerb,
in: AcP 105 (1909), 1 ff.
- SCHWENN, Hermann Gefahrtragung beim Rücktritt,
in: AcP 152 (1952/53), 138 ff.
- SÜLLNER, Alfred Arbeitsrecht
6. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978.
- derselbe Herausgabe des Untermietzins bei unberechtigter Untervermietung ? BGH NJW 1964, 1853,
in: JuS 1967, 449 ff.

- SOERGEL, Hans-Theodor/
SIEBERT, Wolfgang Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, verschiedene Bände, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 ff.
(zitiert: SOERGEL/SIEBERT/BEARBEITER).
- SOERGEL, Hans-Theodor Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil, Band 5, Sachenrecht, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
(zitiert: SOERGEL/BEARBEITER, 11. Aufl.).
- STAUDINGER, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, verschiedene Bände und Einzellieferungen, 11. Auflage, Berlin 1957 ff.
(zitiert: STAUDINGER/BEARBEITER).
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-580 a,
12. Auflage, Berlin 1978
(zitiert: STAUDINGER/BEARBEITER, 12. Aufl.).
- STRUTZ, Eberhard Die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für den Erwerb der Sache im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB,
in: NJW 1968, 141 ff.
- STUMPP, Hans Der Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache,
in: JuS 1964, 310 ff.
- TEICHMANN, Arndt Die Flugreise-Entscheidung - BGHZ 55, 128 - (Entscheidungsrezension),
in: JuS 1972, 247 ff.
- derselbe Die protestatio facto contraria,
in: Festschrift für Karl Michaelis, S. 294 ff.
Göttingen 1972.
- THIELE, Wolfgang Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung,
in: JZ 1967, 649 ff.
- THIELMANN, Georg Schadensersatz und Nutzungen bei der Wandlung - Fragen des Haftungsbeginns und der Aufrechnung,
in: VersR 1970, 1069 ff.

XVIII

- | | |
|------------------------------|--|
| THOMA, Volker | Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung ?,
in: JZ 1962, 623 ff. |
| THOMAS, Heinz/PUTZO,
Hans | Zivilprozeßordnung
10. Auflage, München 1978. |
| TUHR, Andreas von | Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,
in: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker, S. 291 ff.
Weimar 1907
Neudruck Aalen 1970. |
| VIEHWEG, Theodor | Topik und Jurisprudenz
5. Auflage, München 1974. |
| WEINTRAUD, Gerhard | Die Saldotheorie - Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand der Bereicherung
Breslau 1931. |
| WEITNAUER, Hermann | Der arglistig getäuschte Käufer, Bemerkungen zu dem Urteil des BGH vom 8. 1. 1970,
in: NJW 1970, 637 ff. |
| derselbe | Die Leistung,
in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer, S. 255 ff.
Tübingen 1978. |
| WESTERMANN, Harm Peter | Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis (Entscheidungsrezension zu BGHZ 48, 70),
in: JuS 1968, 17 ff. |
| derselbe | Bereicherungshaftung des Erwerbers gestohlener Sachen: Zur "Subsidiarität" der Eingriffskondiktion - BGHZ 55, 176,
in: JuS 1972, 18 ff. |
| WESTERMANN, Harry | Sachenrecht
5. Auflage, Karlsruhe 1966. |
| WIEACKER, Franz | Zum System des deutschen Vermögensrechts
Leipzig 1941. |
| WIEGAND, Wolfgang | Der Rückerwerb des Nichtberechtigten,
in: JuS 1971, 62 ff. |
| WIELING, Hans-Josef | Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere bei fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen,
in: AcP 169 (1969), 137 ff. |

- WIELING, Hans-Josef Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt,
in: JuS 1973, 397 ff.
- WIELING, Heinrich Drittzahlung, Leistungsbegriff und fehlende Anweisung,
in: JuS 1978, 801 ff.
- WIESER, Eberhard Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB - BGH JZ 1954, 613,
in: JuS 1970, 557 ff.
- WILBURG, Walter Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, Festschrift der Universität Graz 1933/1934
(zitiert: WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung).
- derselbe Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts,
in: AcP 163 (1964), 346 ff.
- WILHELM, Jan Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung
Bonn 1973
(zitiert: WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung).
- derselbe Das Merkmal "auf Kosten" als notwendiges Kriterium der Leistungskondition,
in: JuS 1973, 1 ff.
- derselbe Die Zurechnung der Leistung bei Widerruf,
in: AcP 175 (1975), 304 ff.
- WINDSCHEID, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2
7. Auflage, Frankfurt am Main 1891.
- WOLF, Ernst Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden,
in: AcP 153 (1953), 97 ff.
- derselbe Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache,
in: NJW 1953, 164 ff.
- derselbe Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache,
in: NJW 1954, 708 ff.

- WOLF, Manfred Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem,
in: AcP 166 (1966), 188 ff.
- WOLFF, Martin/RAISER, Sachenrecht, Lehrbuch
Ludwig 10. Auflage, Tübingen 1957.
- WOLLSCHLÄGER, Christian Die Geschäftsführung ohne Auftrag
Berlin 1976.
- ZEISS, Walter Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung,
in: JZ 1963, 7 ff.

A b k ü r z u n g e n

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973 (BGBI. I, S. 856)
GG	Grundgesetz
GrS	Großer Senat
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung

JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. 1. 1907 (RGBl., S. 7)
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
RdA	Recht der Arbeit
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
StGB	Strafgesetzbuch
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. 9. 1965 (BGBl. I, S. 1273)

VersR	Versicherungsrecht
WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WG	Wechselgesetz
WPM	Wertpapier-Mitteilungen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Zivilrecht

G l i e d e r u n g

	Seite
Problemstellung	1
1. Kapitel: Die Voraussetzungen einer bereicherungs- rechtlichen Rückabwicklung fehlgeschla- gener Verträge	3
§ 1 Leistungskondition als Anspruch aus rechts- geschäftlicher Zweckvereinbarung	7
§ 2 Leistungskondition als Anspruch aus dem fehl- geschlagenen Vertrag	9
§ 3 Leistungskondition als Rechtsfolge bewußter und zweckgerichteter Zuwendung ohne rechtli- chen Grund	11
A. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehr- personenverhältnissen unter Mitwirkung des Berechtigten	13
B. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehr- personenverhältnissen ohne Beteiligung des Berechtigten	20
§ 4 Das fehlerhafte Kausalverhältnis als Anknüp- fungspunkt für die Risikoverteilung	29
§ 5 Leistungskondition als Regelung des Rechts- güterschutzes	34
A. Allgemeine Charakterisierung dieses Lösungs- ansatzes	34
B. Geschützte Rechtspositionen	38
C. Die Behandlung der Mehrpersonenverhältnisse	51
I. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehr- personenverhältnissen unter Mitwirkung des Berechtigten	53
1. Weite Fassung der geschützten Rechts- positionen	54
2. Dreiecksverhältnisse als Analogieproblem	56

II. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehrpersonenverhältnissen ohne Beteiligung des Berechtigten	64
D. Vergleich mit vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen	68
I. Rückgewähranspruch nach § 346	68
II. Andere vertragliche Rückabwicklungsansprüche	71
2. Kapitel: Lösungsansätze zur Risikoverteilung bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge und ihre Kritik	74
1. Abschnitt: Die entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. auf das Rückabwicklungsverhältnis	74
§ 6 Dogmatische Begründungen für diesen Lösungsansatz	75
A. Die entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. wegen Teilgültigkeit des Vertrages	75
B. Der Gedanke des faktischen Synallagma	76
§ 7 Die Eignung der §§ 323 ff. als Regelung für das zweiseitige bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis	78
A. Die Beurteilung besonderer Fallkonstellationen	78
I. Die Anwendung auf Fälle, in denen keine gegenständliche Rückgewährpflicht besteht	78
II. Die Anwendung auf Fälle, in denen es an einer Äquivalenz von Erlangtem und Gegenleistung fehlt	78
III. Die Anwendung auf die Rückabwicklung eines gutgläubigen Erwerbs	81
B. Die Anwendung der §§ 323 ff. in den übrigen Fällen	82
I. Die Auswirkungen dieses Lösungsansatzes	82
II. Gegenargumente	84
1. Mangelnder Schutz des Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen	84
2. Benachteiligung des arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten gegenüber den Regelungen des Rücktritts	85

a) Benachteiligung wegen entsprechender Anwendung des § 327 Satz 2 auf den Rücktrittsberechtigten	86
b) Benachteiligung wegen der Regelung der §§ 346 ff.	92
3. Unterschied zur einseitigen Vorleistung	94
4. Rechtsnatur des Rückabwicklungsverhältnisses	96
§ 8 Zusätzliche Einwände gegen die einzelnen dogmatischen Begründungen	99
A. Bedenken gegen die Lehre von der Teilgültigkeit des Vertrages	99
B. Bedenken gegen den Gedanken des faktischen Synallagma	99
2. Abschnitt: Die Anrechnung der Gegenleistung im Rahmen einer Saldierung nach § 818 Abs. 3	101
§ 9 Auswirkungen dieses Lösungsansatzes	103
§ 10 Die Anwendung des Saldierungsgedankens auch auf den bösgläubigen Empfänger	113
§ 11 Die Anwendung des Saldierungsgedankens auf den gutgläubigen Empfänger	119
§ 12 Die Gegenleistung als nach § 818 Abs. 3 absetzbarer Vertrauensschaden	120
A. Die Anrechnung ohne weitere Zurechnungskriterien	121
I. Die Verschiebung der Risikoverteilung	121
II. Der Unterschied zur einseitigen Vorleistung	123
III. Grundsätzlicher Einwand	127
B. Die Einschränkung der Anrechnung durch das Merkmal der Veranlassung	129
C. Die Anrechnung nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs	131

3. Abschnitt: Die Verschärfung der Haftung des Empfängers bei Untergang oder Verschlechterung der Leistung und bei Fehlen einer dauerhaften Vermögensmehrung	135
§ 13 Der Umfang der Haftung des Empfängers beim einseitigen Bereicherungsanspruch	138
A. Die Haftung nach den gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 f. anwendbaren "allgemeinen Vorschriften"	138
I. Die Haftung in den Fällen einer gegenständlichen Rückgewährverpflichtung	138
1. Die Haftung gemäß § 280 und aus positiver Forderungsverletzung	138
a) Haftungsmaßstab der §§ 276, 278	139
b) Haftung für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Rückgewähr nach §§ 284 Abs. 1 S. 2, 287 S. 2	142
2. Die Haftung gemäß §§ 292 Abs. 1, 989	143
II. Die Haftung in den übrigen Fällen	144
1. Die Haftung gemäß § 279	144
2. Die Einschränkung des § 818 Abs. 3 mangels ausdrücklicher Regelung einer Haftungsbefreiung in den "allgemeinen Vorschriften"	145
B. § 818 Abs. 3 als offener Tatbestand	147
C. Die Einschränkung des § 818 Abs. 3 durch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242)	150
D. Ergebnis: Vertrauensschutz als wesentliche Funktion des § 818 Abs. 3	157
§ 14 Lösungsansätze zu einer stärkeren Einschränkung des § 818 Abs. 3 bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages	160
A. Die Anwendung des Sphärengedankens	160
B. Die Einschränkung durch die Zurechnung einer vermögensmäßigen Entscheidung des Empfängers	162

	Seite
C. Stärkere Einschränkung durch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242)	166
I. Allgemeine Überlegungen	167
II. Vergleich mit den Rücktrittsvorschriften	169
§ 15 Eigener Lösungsvorschlag: Teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3	179
A. Methodische Begründung und Auswirkungen dieses Lösungsansatzes im allgemeinen	179
B. Die Anwendung dieses Lösungsansatzes in besonderen Fallkonstellationen	185
I. Der spätere Wegfall des rechtlichen Grundes (§ 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt.)	185
II. Die Rückabwicklung nach arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung	186
III. Die Behandlung des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Empfängers	193
IV. Die einseitige Vorleistung	195
V. Die Konkurrenz mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	196
VI. Die Haftung des Empfängers im Fall der Berechtigung eines Dritten	200
1. Die Haftung bei fortbestehender dinglicher Berechtigung eines Dritten	200
2. Die Haftung bei lediglich bereicherungsrechtlicher Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten	201
3. Die Haftung nach rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten	202
VII. Die Haftung des Empfängers bei Weitergabe des Erlangten an einen Dritten	203
1. Die Haftung im Fall der Wirksamkeit des Vertrages (Valutaverhältnisses) mit dem Dritten	204

2. Die Haftung im Fall des Fehlschlagens des Vertrages (Valutaverhältnisses) mit dem Dritten	205
VIII. Die Haftung des Empfängers, der keine Ge- genleistung unter Verwendung eines eigenen subjektiven Rechts erbracht hat, dessen Ver- tragspartner aber etwas aus fremdem subjek- tivem Recht erlangt hat	206
1. Die Haftung im Fall einer dem Dritten zustehenden Durchgriffsmöglichkeit	206
2. Die Haftung des Nichtberechtigten ge- genüber dem gutgläubigen Erwerber	208
3. Die Haftung unter den Voraussetzungen einer Analogie	210
C. Die Behandlung von Nutzungen und Verwendungen	211
§ 16 Formulierung zweier zusätzlicher, § 818 Abs. 3 einschränkender Rechtssätze	217
Zusammenfassung und Ergebnis	218

Problemstellung

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu berücksichtigen ist, daß für eine empfangene Leistung eine Leistung des Empfängers als Gegenleistung erbracht worden ist oder vorgesehen war. Dies ist bei sämtlichen Arten von fehlgeschlagenen und daher rückabzuwickelnden gegenseitigen Verträgen der Fall. Dazu gehören im wesentlichen Verträge, die auf die Veräußerung von Sachen und Rechten gerichtet sind (z.B. Kaufverträge), Verträge, die die entgeltliche Überlassung des Gebrauchs und der sonstigen Nutzung von Sachen und Rechten betreffen (z.B. Miet-, Pacht- und Lizenzverträge), Verträge über die Leistung von Diensten und die Herbeiführung bestimmter Erfolge (Dienst- und Arbeitsverträge, Werkverträge), aber auch eine Reihe von atypischen und gemischttypischen Verträgen, die keine gesetzliche Regelung gefunden haben.

Von einem fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrag kann dann gesprochen werden, wenn es entweder gar nicht zum Abschluß gekommen ist (etwa infolge Dissenses, vgl. §§ 154 f.¹) oder wenn er (etwa nach §§ 105, 125, 134, 138) nichtig oder nach erklärter Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Ein Sonderfall liegt vor, wenn ein wirksamer gegenseitiger Vertrag (etwa durch Kündigung oder Eintritt einer auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2) mit Wirkung ex nunc aufgelöst wird und ein Bereicherungsausgleich nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. vorgenommen werden kann. Es ist in diesem Zusammenhang vor allem von Bedeutung, wer das Risiko des Untergangs, der Verschlechterung und der aus sonstigen Gründen fehlenden vermögensmehrenden Wirkung einer der beiden Leistungen zu tragen hat. Die hiermit zusammen-

1 Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

hängenden Probleme haben Rechtsprechung und Literatur vielfach beschäftigt. Über die für die Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge maßgeblichen Wertungskriterien und die daraus abzuleitende Risikoverteilung herrscht jedoch nach wie vor große Uneinigkeit. Die vorliegende Untersuchung setzt sich mit Lösungsansätzen auseinander, aus denen sich eine Risikoverteilung ergeben könnte, die von derjenigen abweicht, die sich bei der Rückabwicklung einer einseitigen Leistung ergibt. Es wird versucht, eine Lösung vorzuschlagen, die sich mit an anderen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches getroffenen Wertentscheidungen vereinbaren und damit in den Gesamtzusammenhang des Zivilrechts einordnen läßt.

1. Kapitel: Die Voraussetzungen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge

Zunächst bedarf die Frage einer Klärung, unter welchen Voraussetzungen im Fall einer Leistung zur Erfüllung eines fehlgeschlagenen Vertrages überhaupt ein Bereicherungsanspruch entsteht. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. erscheint fraglich, wenn der Leistende nicht subjektive Rechte - etwa das Eigentum und sonstige absolute Rechte - eingesetzt hat, die ihm selbst zugeordnet sind, sondern sich fremder subjektiver Rechte für die Leistung bedient hat. Weiter könnte ein Bereicherungsanspruch einer Partei gegen ihren Partner ausgeschlossen sein, wenn sie die Leistung nicht an diesen, sondern an einen Dritten erbracht hat. Diese Fallgestaltungen kann man als Mehrpersonenverhältnisse bezeichnen.²

Zu den Mehrpersonenverhältnissen gehören zunächst die Fallgestaltungen, in denen die Leistung an den Empfänger mit dem Willen des Rechtsinhabers erfolgt oder der Rechtsinhaber zumindest an dem Erwerb beteiligt ist (die sog. Dreiecksverhältnisse). Dazu sind z.B. die Fälle der Anweisung zu rechnen, soweit nicht - wie bei der sog. abgekürzten Lieferung denkbar³ - ein Durchgangserwerb des Anweisenden stattfindet. Ein derartiger Fall liegt vor, wenn B, der eine Sache von A gekauft hat, diesen veranlaßt, die Sache nicht an ihn, son-

2 Die Problematik von Leistung und Gegenleistung beim Bereicherungsausgleich wird in der Literatur überwiegend nur für das Zweipersonenverhältnis erörtert.

3 Vgl. dazu etwa MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 27 II 2, Rdn. 671 ff.

dern an C zu übereignen, dem B die Sache weiterverkauft hatte^{4,5}. Ein weiterer Fall eines Dreiecksverhältnisses ist gegeben, wenn A etwa zur Erfüllung eines mit B geschlossenen echten oder unechten Vertrages zugunsten des C (vgl. § 328) eine Zuwendung an C unter Einsatz eines eigenen subjektiven Rechts vornimmt⁶. Zu den Dreiecksverhältnissen gehört auch die Fallgestaltung, in welcher A, ohne eine eigene Verpflichtung gegenüber C erfüllen zu wollen, diesem etwas zuwendet, um eine (vorgestellte) Verbindlichkeit des B gegenüber C gemäß § 267 zu tilgen⁷. In allen diesen Fällen ist es dann, wenn das Deckungsverhältnis oder das Valuta- und das Deckungsverhältnis fehlgeschlagen sind, zweifelhaft, ob A gegen B einen Bereicherungsanspruch geltend machen kann, obwohl nicht B, sondern C die Zuwendung erhalten hat. Schlägt das Valutaverhältnis fehl, so ist außerdem fraglich, ob B ein Bereicherungsanspruch gegen C zusteht, obwohl der Erwerb des C nicht aus einem B zugewiesenen subjektiven Recht erfolgte. Diese Frage stellt sich auch dann, wenn sowohl das Deckungs- als auch das Valutaverhältnis fehlgeschlagen ist (beim sog. Doppelmangel).

-
- 4 Es sind die Fälle der einfachen und der angenommenen Anweisung (vgl. § 784) zu unterscheiden. Die einfache Anweisung ist Grundform des Schecks, die angenommene Anweisung Grundform des Wechsels. Ein im Wirtschaftsleben bedeutsamer Fall der Anweisung ist die Banküberweisung. Auf Einzelheiten der hier bestehenden Probleme kann im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht eingegangen werden (vgl. dazu etwa MÜSCEL, JuS 1972, 397 ff.).
 - 5 Bei den Dreiecksverhältnissen sind das Deckungsverhältnis (hier zwischen A und B) und das Valutaverhältnis (hier zwischen B und C) zu unterscheiden.
 - 6 Auch hier kann sowohl im Deckungs- als auch im Valutaverhältnis ein fehlgeschlagener gegenseitiger Vertrag vorliegen.
 - 7 Weiter besteht ein Dreiecksverhältnis bei Leistungen zur Erfüllung abgetretener Forderungen, bei Leistungen Dritter aufgrund von gewährten Sicherheiten (z. B. einer Bürgschaft) und bei Zahlungen einer Bank an den Verkäufer beim finanzierten Abzahlungskauf (vgl. zu diesen Fallgruppen CANARIS, Festschrift für Larenz, S. 799 (834 ff.)).

Zu den Mehrpersonenverhältnissen gehören aber auch die Fallgestaltungen, in denen die Leistung ohne Willen oder Mitwirkung des Rechtsinhabers (etwa des Eigentümers) vorgenommen wird. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn B eine A gehörende Sache an C übereignet, die C aufgrund der Gutgläubensvorschriften (§§ 892, 932 ff. BGB, § 366 HGB) erwirbt, oder wenn er sonst eine Verfügung (etwa die Belastung einer Sache) vornimmt, die nach den Gutgläubensvorschriften wirksam ist. Weiter sind dazu Fälle zu rechnen, in denen jemand als Leistung die Nutzung eines Gegenstandes einräumt, die einem Dritten mittels eines subjektiven Rechts⁸ zugewiesen ist (z.B. die unberechtigte Vermietung einer fremden Sache). Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn eine Leistung des B bewirkt, daß das Eigentum an einer Sache aufgrund eines gesetzlichen Erwerbstatbestandes (z.B. §§ 937 ff., 946 ff., 953 ff.) von A auf C übergeht. Auch in den genannten Fällen stellt sich die Frage, ob dem Leistenden ein Bereicherungsanspruch zusteht. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Leistungskondiktion gegenüber der Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.) einen völlig selbständigen Charakter hat oder ob sie wie diese dem Schutz eines bestehenden oder (als sog. Rechtsfortwirkungsanspruch) eines verlorengegangenen Rechts des Gläubigers dient. Es ist damit das Problem angesprochen, ob auch die Leistungskondiktion einen Erwerb "auf Kosten" des Bereicherungsgläubigers voraussetzt und welche Anforderungen gegebenenfalls an das Merkmal "auf Kosten" bei der Leistungskondiktion zu stellen sind.

⁸ Ein subjektives Recht kann seinem Inhaber die Befugnisse zur Nutzung, Zerstörung, Veräußerung oder sonstigen Verwertung des Gegenstandes zuweisen, auf den es sich bezieht. Alle diese Befugnisse gibt das Gesetz nur dem Eigentümer (vgl. § 903). Darüber hinaus gibt es subjektive Rechte, die nur die Nutzung eines Gegenstandes ermöglichen (z.B. den Nießbrauch, §§ 1030 ff.), und solche, die nur zur Verwertung eines Gegenstandes berechtigen (z.B. die Grundpfandrechte, §§ 1113 ff.).

Die Rechtsnatur der Leistungskondition ist aber nicht nur für die Beurteilung der Mehrpersonenverhältnisse wesentlich. Die Beantwortung der Frage, ob die Leistungskondition einem vertraglichen Anspruch vergleichbar ist oder ob sie eine Regelung des Rechtsgüterschutzes darstellt, kann darüber hinaus für den hier zu erörternden Problemkreis der Risikoverteilung bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge von Bedeutung sein. Davon hängt es möglicherweise ab, ob man die (etwa in den Gefahrtragungsregeln des Schuldrechts enthaltenen) Wertungen des Vertragsrechts oder diejenigen über den Umfang des Rechtsgüterschutzes (vor allem den Grundsatz "casum sentit dominus") heranziehen muß. Stellt auch die Leistungskondition eine Regelung des Rechtsgüterschutzes dar, so erscheint es vor allem erforderlich, daß Wertungswidersprüche mit den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 985 ff.) vermieden werden. Ist eine Leistungskondition auch in Fällen gegeben, in denen der Leistende in ein subjektives Recht eines Dritten eingegriffen hat und dem Dritten daher eine Durchgriffsmöglichkeit gegen den Empfänger zusteht, so muß für die Risikoverteilung möglicherweise zwischen derartigen Fällen und solchen differenziert werden, in denen der Leistende ein eigenes subjektives Recht eingesetzt hat und keine Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten besteht.

§ 1 Leistungskondition als Anspruch aus rechtsgeschäftlicher Zweckvereinbarung

Die Voraussetzungen einer Leistungskondition könnten auch dann gegeben sein, wenn der Leistende keine eigenen Rechte für seine Leistung eingesetzt hat, weil die Leistung von einer rechtsgeschäftlichen Zweckvereinbarung begleitet sein könnte.⁹ Diese Zweckvereinbarung könnte dahin gehen, daß der Empfänger zur Rückgewähr des Erlangten verpflichtet sein soll, wenn der vereinbarte Zweck (z.B. die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung) nicht erreicht wird.¹⁰ Bei dem bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch würde es sich dann um einen Anspruch aus einem Realvertrag handeln. Ob der Leistende in fremde subjektive Rechte eingreift, könnte deshalb unerheblich sein, weil Verpflichtungsverträge auch über fremde Gegenstände geschlossen werden können.

Eine solche Auslegung ist jedoch zunächst im Fall nicht rechtsgeschäftlicher Leistungen (z.B. einer Arbeitsleistung, einer Gebrauchsüberlassung oder des Einbaus von Material) zweifelhaft. Hier läuft wohl die Annahme einer rechtsgeschäft-

9 Vereinzelt wird für alle Fälle der Leistungskondition vertreten, es bedürfe einer Vereinbarung des Leistungszwecks (vgl. RGRK/SCHEFFLER, § 812 Rdn. 79; KRESS, Besonderes Schuldrecht, V § 35 1 a) oder die Leistung werde zumindest im Regelfall von einer Zweckvereinbarung begleitet (vgl. PALANDT/THOMAS, § 812 Anm. 2; s. auch BGHZ 50, 227 (230 f.); WEITNAUER, Festschrift für v. Caemmerer, S. 255 (261)). Eine vertragliche Einigung wird häufiger allerdings lediglich für § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. verlangt, der ja ausdrücklich von "Rechtsgeschäft" spricht (vgl. BGH WPM 1966, 1062 (1063); RGRK/SCHEFFLER, § 812 Rdn. 94; a.A. aber auch hier die überwiegende Auffassung, die für § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. eine tatsächliche Willenseinigung ausreichen läßt (vgl. BGHZ 44, 321 (322 f.); BGH WPM 1969, 1350 (1352); NJW 1973, 612 f.)).

10 Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Anforderungen bei Wirksamkeit des Vertrages an die Erfüllung zu stellen sind. Auch die Erfüllung wird teilweise als Vertrag aufgefaßt (so etwa EHMAN, JZ 1968, 549 ff., und NJW 1969, 398 ff. und 1833 ff.; dagegen z.B. BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 290 ff.; LARENZ, Schuldrecht AT, § 18 I). Vgl. dazu weiter unten Fußn. 94.

lichen Einigung über den Leistungszweck auf eine Fiktion hinaus. Aber auch bei Leistungen, die einen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt (Übereignung, Abtretung usw.) enthalten, ist fraglich, ob darüber hinaus rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben werden¹¹.

Soweit man eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung annehmen kann¹², bleibt zweifelhaft, ob sie dahingehend ausgelegt werden kann, daß sich aus ihr eine selbständige Rückgewährverpflichtung des Leistungsempfängers ergibt. Bedenken bestehen vor allem gegen die Annahme, der Empfänger wolle sich unabhängig davon zur Rückgewähr verpflichten, ob ein Dritter, dessen Rechtskreis durch die Leistung berührt wird, Ansprüche gegen ihn in bezug auf das Erlangte richten kann. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Nichtberechtigter über eine dem Eigentümer abhandengekommene Sache (vgl. § 935 Abs. 1) zum Zweck der Erfüllung eines fehlgeschlagenen Vertrages verfügt. Hier kann der Eigentümer seinen Herausgabeanspruch nach § 985 gegen den Empfänger richten. In diesem und ähnlichen Fällen kann man nicht davon ausgehen, daß sich der Empfänger einer doppelten Inanspruchnahme (durch den Berechtigten und den Leistenden) aussetzen will.

Erst recht scheidet ein vertraglich vereinbarter Rückgewähranspruch aus, wenn die Leistung nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten erbracht wird, da der Vertragspartner hier erst gar nicht an dem unmittelbaren Leistungsvorgang beteiligt zu sein pflegt. Darüber hinaus erscheint es zweifelhaft, ob sich der Vertragspartner in diesen Fällen zur Rückgewähr von Gegenständen verpflichten will, die er selbst gar nicht erlangt hat.

11 Weil die Zweckbestimmung kein Rechtsgeschäft ist, kann nach überwiegender Auffassung auch einem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 f. Alt. zustehen (so etwa RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 16; a. A. LORENZ, JuS 1968, 441 f.).

12 Eine solche Zweckvereinbarung kann allerdings aus denselben Gründen scheitern, aus denen der zugrundeliegende Vertrag fehlgeschlagen ist.

§ 2 Leistungskondition als Anspruch aus dem fehlgeschlagenen Vertrag

Darauf, daß der Leistende für seine Leistung eigene subjektive Rechte verwendet, könnte man jedoch bei Leistungen zur Erfüllung von Verträgen deshalb verzichten, weil es sich bei der Leistungskondition in diesen Fällen um einen Rückabwicklungsanspruch handeln könnte, der den Ansprüchen aus den §§ 346, 556, 604, 607 ähnelt¹³. Jene Rückabwicklungsansprüche beruhen allerdings auf einer wirksamen vertraglichen Bindung¹⁴, die im Fall des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. gerade

13 Die Leistungskondition wird teilweise als Annex des Vertragsrechts verstanden (vgl. etwa v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (342); WEITNAUER, Festschrift für v. Caemmerer, S. 255 (256); kritisch dazu JOERGES, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, S.25 ff., 29 ff.).

14 Dies gilt auch für den Anspruch auf Rückgewähr der für eine Forderung bestellten nicht akzessorischen Sicherheit, der dann entsteht, wenn die Forderung (etwa durch Erfüllung) erloschen ist. Ein solcher Anspruch, der sich in Fällen der Sicherungsübereignung, der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld und der Sicherungsabtretung ergeben kann, kann unmittelbar aus dem der Bestellung der Sicherheit zugrundeliegenden Sicherungsvertrag hergeleitet werden (vgl. für den Fall der Sicherungsübereignung etwa PALANDT/BASSENGE, § 930 Anm. 4 d) aa)). Diesen Anspruch kann man nicht etwa auf § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. stützen, da der erfüllte Sicherungsvertrag zumindest zunächst einen rechtlichen Grund für die Bestellung der Sicherheit darstellte. Weil sich der Anspruch schon aus dem Sicherungsvertrag herleiten läßt, der daher über eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung als bloße Rechtsgrundabrede hinausgeht, scheidet auch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. (condictio ob rem) aus.

Ist die Sicherheit für ein noch zu gewährendes Darlehen bestellt worden und wird die Darlehensvaluta nicht ausbezahlt, so kann ein Rückgewähranspruch unter den Voraussetzungen der §§ 346 S. 1, 327 S. 1, 326 Abs. 1 S. 2 entstehen, soweit die Verpflichtung zur Auszahlung des Darlehens und die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen und daher ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. vorliegt (vgl. dazu MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 21 II 2, Rdn. 496).

fehlt. Deshalb scheidet eine solche Lösung auf jeden Fall dann aus, wenn ein Vertrag (etwa wegen Dissenses, §§ 154 f.) überhaupt nicht zustandegekommen ist. Sie könnte jedoch dann in Betracht kommen, wenn ein Vertrag nichtig oder gemäß § 142 Abs. 1 als nichtig anzusehen ist. Die Anordnung der Nichtigkeit eines Vertrages könnte sich in ihrer Auswirkung darin erschöpfen, daß lediglich der Erfüllungsanspruch und der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung ausgeschlossen wird¹⁵. Im übrigen könnte sich gerade aus dem insoweit wirksamen Vertrag - mittels ergänzender Vertragsauslegung - ergeben, daß die Leistung bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes zurückzugewähren ist¹⁶.

Gegen eine derartige Lösung läßt sich jedoch zunächst der Schutzzweck der die Nichtigkeit anordnenden Normen anführen, soweit danach auch der Empfänger geschützt werden soll¹⁷. Außerdem spricht gegen eine solche Betrachtungsweise, daß es nicht der Interessenlage des Empfängers entspricht, möglicherweise einer doppelten Inanspruchnahme (durch den Berechtigten und den Vertragspartner), etwa einer doppelten Schadens- oder Wertersatzpflicht bei Untergang des Erlangten, ausgesetzt zu sein. Erst recht läßt sich aus einem nichtigen Vertrag kein Rückabwicklungsanspruch herleiten, wenn die Leistung vertragsgemäß nicht an die andere Partei, sondern an einen Dritten erbracht worden ist. Man kann grundsätzlich nicht davon ausgehen, daß sich die andere Partei verpflichten will, etwas zurückzugewähren, das sie gar nicht erlangt hat¹⁸.

15 Vgl. dazu auch unten S. 75.

16 Die hier erörterte Sicht des bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruchs wird allerdings ausdrücklich - soweit ersichtlich - in Rechtsprechung und Literatur weder vertreten noch erwo-gen.

17 Vgl. zu grundsätzlichen Einwänden auch unten S. 99.

18 Diese Überlegungen sind auch für die genannten vertraglichen Rückgewähransprüche wesentlich. Vgl. dazu unten S. 68 ff.

§ 3 Leistungskondition als Rechtsfolge bewußter und zweckgerichteter Zuwendung ohne rechtlichen Grund

Es könnte aber aus anderen Gründen erforderlich sein, für eine Leistungskondition lediglich eine bewußte und zweckgerichtete Zuwendung¹⁹ eines "Etwas"²⁰ zu verlangen, die ohne rechtlichen Grund²¹ erfolgt, ohne daß der Bereicherungsgläubiger für die Leistung eigene subjektive Rechte einge-

19 Eine Zuwendung liegt schon dann vor, wenn eine Partei der anderen etwas verschafft, ohne damit einen Zweck zu verfolgen. Die Zuwendung umfaßt damit als allgemeiner Begriff den der Leistung (vgl. BEUTHIEN, JZ 1968, 323 (324)).

20 Das Merkmal "etwas" im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 ist weit auszulegen, um jeden denkbaren Erwerbstatbestand erfassen zu können. Darunter ist jeder rechtliche oder tatsächliche Vorteil zu verstehen, der auch Gegenstand einer vertraglichen Leistungsverpflichtung sein kann (so BEUTHIEN, Studienkommentar, § 812 Anm. I 2; BEUTHIEN/WEBER, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, S. 12; REEB, Grundprobleme, S. 10). Wenn davon die Rede ist, "etwas" im Sinne des § 812 sei "jeder Vermögensvorteil" (vgl. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 1-13; ERMAN/H.P.WESTERMANN, § 812 Rdn. 3-9; PALANDT/THOMAS, § 812 Anm. 4 a) - d); ESSER, Schuldrecht BT, § 100 III), so ist dies zu eng, wenn unter "Vermögen" die Summe aller geldwerten Rechte (vgl. LARENZ, Allgemeiner Teil, § 17 I 2) verstanden wird. Es sind auch Vorteile auszugleichen, die keinen Vermögenswert haben (z.B. eine schriftliche Ehrenerklärung; a.A. BGH LM Nr. 6 zu § 812 BGB).

21 Der rechtliche Grund wird bei der Leistungskondition nach überwiegender Auffassung nicht objektiv (im Sinne einer der Zuwendung zugrundeliegenden Verbindlichkeit), sondern von dem mit der Zuwendung verfolgten Zweck her verstanden. Ein rechtlicher Grund fehlt demnach, wenn der angestrebte Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Der wichtigste Rechtsgrund ist die Erfüllung einer Forderung (vgl. ESSER, Schuldrecht BT, § 101 II 3; LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 I b; BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 285, 290).

setzt haben muß²². Diese Gründe könnten weiter dafür maßgeblich sein, daß auch demjenigen gegenüber ein Bereicherungsanspruch besteht, der den Gegenstand der Zuwendung selbst gar nicht erlangt, wenn nur der Leistende ihm gegenüber mit der an einen Dritten vorgenommenen Zuwendung einen Zweck verfolgt. Für die Bestimmung von Gläubiger und Schuldner der Leistungskondiktion könnte allein die vom Leistenden einseitig bestimmte Zweckrichtung einer Zuwendung wesentlich sein. Das Merkmal "auf Kosten" in § 812 Abs. 1 S. 1 könnte deshalb für den Bereich der Leistungskondiktion unerheblich sein.

Eine Leistungskondiktion könnte schon unter den genannten Voraussetzungen entstehen, weil es in Mehrpersonenverhältnissen erforderlich sein könnte, daß der Empfänger in seinem Vertrauen darauf geschützt wird, nur mit dem Leistenden

22 Diese Sicht der Leistungskondiktion geht vor allem auf WILBURG (Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 113) und v.CAEMMERER (Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (340)) zurück. Nach ihnen gliedern sich die Bereicherungsansprüche in zwei Gruppen: die Leistungskondiktion und die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise. Zur letzteren Gruppe gehört vor allem die Eingriffskondiktion, die dem Rechtsgüterschutz dienen und insbesondere als sog. Rechtsfortwirkungsanspruch einen Ersatz für das verlorengegangene Eigentum darstellen soll. Diese Auffassung hat sich heute in Rechtsprechung (erstmalig in BGHZ 40, 272 (277); vgl. auch BGHZ 48, 70 (73); 58, 184 (188) - "nunmehr gefestigte Rechtsprechung") und Literatur (vgl. KÖTTER, AcP 153, 193 (195 ff.); SCHEYHING, AcP 157, 371 ff.; BERG, AcP 160, 505 (507); ROTHGHEFT, AcP 163, 215 (223 ff.); ESSER, Schuldrecht BT, §§ 100 II, 101 I 2; LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 I; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 99 II 1; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 27 II, Rdn. 664 f.; REEB, a.a.O., S. 13 f.; KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 25 m.w.N.) weithin durchgesetzt.

abrechnen zu müssen²³. Ein Durchgriff des berechtigten Dritten könnte infolgedessen nicht in Betracht kommen. Ein Erwerb durch Leistung könnte deshalb nicht mit einem Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise - auch nicht durch einen Dritten - angreifbar sein²⁴.

A. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehrpersonenverhältnissen unter Mitwirkung des Berechtigten

In den Fällen, in denen derjenige, aus dessen Rechtskreis das Erlangte stammt, an der Zuwendung beteiligt ist, (in den sog. Dreiecksverhältnissen)²⁵ könnte durch diesen Lö-

23 In Übereinstimmung damit vertreten die Rechtsprechung (vgl. BGHZ 40, 272 ff.; BGH JZ 1975, 27 ff.; BGH WPM 1978, 1053) und ein Teil der Literatur (vgl. etwa BAUR/WOLF, JuS 1966, 393 (395 ff. m.w.N.); ZEISS, JZ 1963, 7 (9); THOMA JZ 1962, 623 (627); FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 99 II 1 a; BEUTHIEN, JZ 1968, 323 (326); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 18 m.w.N.) - zum Teil in entsprechender Anwendung des § 133 - die Auffassung, für die Frage, wer Leistender sei, sei der Empfängerhorizont entscheidend. Demgegenüber stellen andere zugunsten des Leistenden auf dessen Sicht ab (so vor allem FLUME, JZ 1962, 281 f.; BERG, NJW 1962, 101 f.; CANARIS, Festschrift für Larenz, S. 799 (826 f.); KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 51; KÖNDGEN, Festgabe für Esser, S. 71 f.; LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 III b 2; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 27 II 7 c), Rdn. 688; grundsätzlich auch ESSER, Schuldrecht BT, § 102 II 2). FLUME (a.a.O.) und MEDICUS (a.a.O.) wollen den Empfänger dadurch schützen, daß er gegenüber der Leistungskondition nach § 818 Abs. 3 eine Gegenleistung an einen Dritten in Anrechnung bringen kann, den er für den Leistenden gehalten hat (CANARIS, a.a.O., S. 826, bezeichnet diese Lösung als "konkreten Vertrauensschutz" im Gegensatz zum "abstrakten Vertrauensschutz" eines Kondiktionsverbots). Zur Möglichkeit einer Anrechnung der Gegenleistung im Rahmen des § 818 Abs. 3 vgl. eingehend unten S. 101 ff.

24 Nach der überwiegend vertretenen Fassung des sog. Subsidiaritätsprinzips ist derjenige, der etwas geleistet erhalten hat, niemandem gegenüber nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. verpflichtet (vgl. BGHZ 40, 272 (278 f.); 56, 228 (239 f.); KÖTTER, a.a.O., 210; LARENZ, Schuldrecht BT, § 69 IV d; kritisch dazu KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 114 ff.; H.P. WESTERMANN, JuS 1972, 18 ff.; REEB, a.a.O., S. 48 ff.).

25 Vgl. oben S. 3 f.

sungsansatz eine Rückabwicklung in den (fehlgeschlagenen) Kausalverhältnissen (Deckungs- und Valutaverhältnis) erreicht werden. Eine solche Rückabwicklung könnte deshalb erforderlich sein, um den Empfänger der Leistung nicht mit den Risiken hinsichtlich der von ihm an seinen Partner erbrachten Gegenleistung zu belasten. Dabei handelt es sich zunächst um das Risiko der Insolvenz des Partners im Valutaverhältnis. Weiter besteht die Gefahr des Untergangs der Gegenleistung. Schließlich kann die Durchsetzung des Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung durch ein Gegenrecht bezüglich der zurückzugewährenden Leistung erleichtert werden²⁶. Ein Durchgriff des berechtigten Dritten könnte weiter ausgeschlossen sein, um dem Empfänger die Geltendmachung sonstiger Gegenrechte (mittels Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrechts) gegen seinen Partner zu ermöglichen.

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob sich ein solcher Durchgriff mit dem hier erörterten Lösungsansatz verhindern läßt. Rein begrifflich läßt sich ein berechtigter Dritter nicht nur dann, wenn er die Schuld eines anderen gemäß § 267 erfüllen will²⁷, sondern auch beim echten Vertrag zugunsten ei-

26 Ein Empfängerschutz könnte auch durch Abzug der Gegenleistung von dem Anspruch des durchgriffsberechtigten Dritten nach § 818 Abs. 3 erreicht werden (vgl. unten S. 101 ff.). Gegen eine solche Lösung ist jedoch u.a. einzuwenden, daß sie es dem Empfänger zwangsläufig ermöglicht, auch das Risiko des zufälligen Untergangs der Gegenleistung abzuwälzen (vgl. unten S. 121 ff.).

27 Hier kommt deshalb nach überwiegender Auffassung der Dritte als Anspruchsberechtigter in Betracht (vgl. v. CAEMMERER, JZ 1962, 385 f.; LORENZ, JuS 1968, 441 (445); BEUTHIEN, JZ 1968, 323 (326); a.A. ESSER, Schuldrecht BT, § 102 I 2 a, und E. SCHMIDT, JZ 1971, 601 (607), die den vermeintlichen Schuldner auch dann als Leistenden ansehen, wenn er an der Zuwendung gar nicht beteiligt war; differenzierend LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 III c 1).

nes Dritten²⁸ und bei der angenommenen Anweisung (vgl. § 784 Abs. 1)²⁹ gegenüber dem Empfänger als Leistender ansehen, da er eine eigene Forderung des Empfängers zum Erlöschen bringen will³⁰. Dies würde zur Folge haben, daß zumindest in diesen Fällen immer ein Durchgriff möglich sein müßte. Es erscheint hier aber auch denkbar, im Valutaverhältnis eine Leistung (beim Vertrag zugunsten eines Dritten eine solche des Versprechensempfängers) anzunehmen, so daß der Empfänger in Fällen des Doppel mangels einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt sein könnte. Eine Rückabwicklung lediglich in den (fehlgeschlagenen) Kausalverhältnissen läßt sich in den genannten Fallgruppen allein mit dem Leistungsbegriff nicht erreichen.

Aber auch beim unechten oder ermächtigenden Vertrag zugunsten eines Dritten erscheint es zweifelhaft, ob ein Durchgriff eines berechtigten Dritten mangels einer Leistung seinerseits wegen des Subsidiaritätsprinzips ausgeschlossen wer-

28 Hier liegt nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. etwa ESSER, Schuldrecht BT, § 102 I 1 b) keine Leistung des Versprechenden an den Dritten vor. Der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 58, 184 (188 f.)) differenziert nach Fallgruppen, in denen ein Durchgriff zugelassen wird bzw. eine Abwicklung in den fehlgeschlagenen Kausalverhältnissen vorgenommen wird (so auch LORENZ, AcP 168, 286 (294); E. SCHMIDT, JZ 1971, 601 ff. m.w.N.). Vgl. weiter zum Stand der Meinungen zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung beim Vertrag zugunsten eines Dritten HADDING, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, S. 27 ff. Kritisch zur Brauchbarkeit des Leistungsbegriffs in diesem Fall CANARIS, Festschrift für Larenz, S. 799 (829).

29 Vgl. CANARIS, a.a.O., S. 805 f.; ESSER (a.a.O., § 102 I 1 a) leugnet auch hier zu Unrecht das Vorliegen einer Leistung des Angewiesenen an den Empfänger.

30 Vgl. KUPISCH, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, S. 15.

den kann. Hier läßt sich ebenfalls durchaus sagen, daß der Versprechende gegenüber dem Empfänger einen eigenen Leistungszweck verfolgt, da dieser bei Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses allein ermächtigt ist, die Zuwendung entgegenzunehmen. Im Fall der Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses besteht zwischen dem Versprechenden und dem Dritten ein rechtlicher Grund im Sinne des § 812 Abs. 1.

Auch im normalen Anweisungsfall bereitet der Versuch, das Vorliegen einer Leistung zwischen Angewiesenem und Empfänger zu leugnen, erhebliche Schwierigkeiten³¹. Da die Zuwendung des Angewiesenen hier regelmäßig bei Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses nach §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 Erfüllungswirkung hat, entfaltet das Deckungsverhältnis insoweit Drittwirkung und stellt deshalb auch einen Rechtsgrund im Verhältnis zwischen Angewiesenem und Empfänger dar. Auch in diesem Verhältnis wird daher eine zweckgerichtete Zuwendung und daher eine Leistung vorgenommen³².

31 Mangels Vorliegens einer Leistung des Angewiesenen an den Empfänger schließt die überwiegende Meinung hier einen Durchgriff bei einem Mangel im Deckungsverhältnis aus (so BGHZ 50, 227 (229); 58, 184 (187); 61, 289 (291 ff.); 66, 362 (363); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 25 ff.; ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 812 Rdn. 14-16; ESSER, a.a.O., § 102 I 1 a; FIKENTSCHER, a.a.O., § 99 II 1 b; v. CAEMMERER, JZ 1962, 385 (386); REEB, a.a.O., S. 25; MEDICUS, a.a.O., § 27 II 3 b, Rdn. 675). Der Angewiesene soll lediglich "Leistungsmittler" sein (so BEUTHIEN, JZ 1968, 323 (324); ESSER, a.a.O.). Lediglich in Fällen des Doppelmangels wird teilweise - allerdings nicht wegen Vorliegens einer Leistung - ein Durchgriff zugelassen (so FIKENTSCHER, a.a.O., § 99 II 1 b; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 42 ff.; anders die heute überwiegende Auffassung, vgl. etwa ESSER, a.a.O., § 102 I 3; v. CAEMMERER, a.a.O., S. 388 f. m.w.N.; BERG, NJW 1962, 101 f.; LARENZ, a.a.O., § 68 III).

32 Auch in dem Fall, in dem der Schuldner des Empfängers, um eigene Aufwendungen zu sparen, einen anderen zu einer Zuwendung an den Empfänger veranlaßt, indem er ihm gegenüber als falsus procurator des Empfängers auftritt (vgl. BGH NJW 1974, 1132 ff.), kommen zumindest dann, wenn man auf die Sicht des Leistenden abstellt, zwei Personen als Leistende in Betracht: der wirkliche und der vermeintliche Schuldner.

Somit erscheint es in allen Dreiecksverhältnissen nicht möglich, unter Verwendung des Leistungsbegriffs in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip eine Rückabwicklung nur unter den Parteien der fehlgeschlagenen Kausalverhältnisse zu erreichen³³. Vielmehr läßt sich mit dieser Auffassung überhaupt keine schlüssige Lösung der durch die Dreiecksverhältnisse aufgeworfenen Probleme herbeiführen.

Aber selbst wenn man davon ausgehen könnte, daß in den Dreiecksverhältnissen ein Durchgriff desjenigen, aus dessen Rechtskreis das Erlangte stammt, mangels einer Leistungsbeziehung zum Empfänger ausgeschlossen werden kann, so kann damit nicht hinreichend erklärt werden, warum dem Leistenden im Valutaverhältnis ein Anspruch auf Rückgewähr an sich selbst und nicht lediglich an den (früheren) Berechtigten zustehen soll.

33 Es ist in allen Dreiecksverhältnissen sogar schwierig, eine Rückabwicklung zwischen den Partnern der fehlgeschlagenen Kausalverhältnisse überhaupt im Einklang mit dem Leistungsbegriff zu begründen. Es stellt sich die Frage, was eigentlich als das Erlangte im Deckungsverhältnis angesehen werden kann. Es erscheint bedenklich anzunehmen, das Erlangte im Deckungsverhältnis sei im Fall der Wirksamkeit des Valutaverhältnisses dessen Erfüllung bzw. im Fall der Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger (so aber im Ergebnis ESSER, a.a.O., § 102 I 3; BERG, AcP 160, 505 (512); NJW 1962, 101; LORENZ, JZ 1968, 51 (53); REEB, a.a.O., S.24 f.). Darauf wird sich aber nicht der Leistungszweck im Deckungsverhältnis richten. Der Leistende will sich hier lediglich von einer eigenen Verpflichtung befreien. Er wird sich nicht für die Rechtsbeziehungen im Valutaverhältnis interessieren. Deshalb wird teilweise der Zuwendungsgegenstand selbst als das Erlangte im Deckungsverhältnis angesehen (so LARENZ, a.a.O., § 68 III b; v. CAEMMERER, a.a.O., S. 386; BERG, JuS 1964, 137 (138); H.P. WESTERMANN, JuS 1968, 17 (21); ähnlich KÜNDGEN, Festgabe für Esser, S.55 (74)). Dagegen läßt sich jedoch einwenden, daß der Partner des Deckungsverhältnisses (etwa der Anweisende) diesen Gegenstand niemals real erhalten hat (vgl. auch unten S. 54 ff.).

Jedoch lassen sich dem hier erörterten Lösungsansatz selbst dann keine hinreichenden Wertungskriterien dafür entnehmen, daß ein Durchgriff des (früheren) Rechtsinhabers ausscheidet, wenn man annimmt, zwischen diesem und dem Empfänger fehle es an einer Leistungsbeziehung³⁴. Auf jeden Fall ist es zweifelhaft, ob ein Durchgriff auch dann ausgeschlossen ist, wenn lediglich vom Empfängerhorizont her der Anschein einer Leistung im Valutaverhältnis vorliegt (etwa bei fehlender Anweisung³⁵) oder wenn dem Leistenden seine Beteiligung an der Zuwendung (z.B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nicht wirksam zugerechnet werden kann³⁶. Es ist fraglich, ob der Partner des Deckungsverhältnisses in diesen Fällen mit einer bereicherungsrechtlichen Rückgewähr- bzw. Wertersatzpflicht be-

34 Gegen ein Subsidiaritätsprinzip bestehen dann Bedenken. Ein Durchgriff kann nicht mit Hilfe einer analogen Anwendung des § 822 auf Fälle der Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses beschränkt werden. Andererseits kann er in diesen Fällen auch nicht mit dieser Vorschrift begründet werden (so aber etwa ESSER, a.a.O., § 102 I 1). § 822 setzt einen Bereicherungsanspruch gegen denjenigen voraus, der das Erlangte unentgeltlich weitergegeben hat. Ein solcher Bereicherungsanspruch ist nur gegeben, wenn dieser überhaupt etwas erlangt hat (vgl. § 812 Abs. 1 S. 1). Eine einseitige Leistungsbestimmung kann diesen Erwerb nicht ersetzen (vgl. auch KUPISCH, a.a.O., S. 19). § 822 kann lediglich dann analog angewendet werden, wenn zusätzliche Voraussetzungen vorliegen, die es ermöglichen, daß die Beteiligten so gestellt werden, als habe die Zwischenperson etwas erlangt (vgl. unten S. 56 ff.).

35 Auch in diesem Fall wird aber teilweise (so ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 812 Rdn. 21; WIELING, JuS 1978, 801 (807 ff.); MÖSCHEL, JuS 1972, 297 (301 f.); PFISTER, JR 1969, 47 (48 f.)) eine Leistung im Valutaverhältnis bejaht und eine Durchgriffsmöglichkeit ausgeschlossen (a.A. CANARIS, a.a.O., S. 821 ff.; KÜNDGEN, a.a.O., S. 69; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 47 f.; WILHELM, AcP 175, 304 (307 f.)). Der Bundesgerichtshof hat in einigen Entscheidungen (vgl. BGHZ 66, 362 ff. und 372 ff.; 67, 75 ff.) zumindest dann einen Durchgriff zugelassen, wenn der Mangel der Anweisung dem Empfänger bekannt war. Zu der hier behandelten Fallgruppe gehört auch der Fall der gefälschten Anweisung.

36 Eine hinreichende Zurechenbarkeit ist auch im Fall der widerrufenen Anweisung zweifelhaft (vgl. dazu BGHZ 61, 289 ff.).

lastet werden darf³⁷.

Auch dann, wenn demjenigen, dessen Rechte von dem Erwerb des Empfängers betroffen sind, seine Beteiligung an der Zuwendung nicht voll zugerechnet werden kann, ist zweifelhaft, ob ein Durchgriff gegen den Empfänger ausgeschlossen werden kann. Es ist vielmehr zu bedenken, daß es der Rechtsgüterschutz grundsätzlich verlangt, daß der Empfänger unmittelbar mit demjenigen abrechnet, auf dessen Kosten er etwas erlangt hat³⁸. Ein Empfängerschutz erscheint auch fraglich, wenn je-

37 Deshalb lassen hier auch Vertreter der herrschenden Lehre von der Leistungskondition - von ihrem dogmatischen Ausgangspunkt her gesehen inkonsequent - einen Durchgriff zu (vgl. v. CAEMMERER, JZ 1962, 385 (387); LORENZ, JZ 1968, 51 (52); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 27; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 46 ff.; allgemein wohl jetzt auch BGHZ 69, 186 (190)).

Ist das Deckungsverhältnis wirksam, tritt in diesen Fällen keine Erfüllungswirkung nach §§ 362 Abs. 2, 185 ein, da die Einwilligung oder Genehmigung im Sinne des § 185 dann nicht wirksam ist.

38 Andernfalls wäre im Fall des Doppelmangels eine Doppelkondition gegeben. Derjenige, dessen Rechte von der Zuwendung betroffen sind, wäre dann grundsätzlich mit einem doppelten Insolvenz- und Einwendungsrisiko, dem in der Person seines Partners im Deckungsverhältnis und dem in der Person des Empfängers, belastet. Dies gilt jedenfalls, soweit man den im Valutaverhältnis bestehenden Bereicherungsanspruch als das "Erlangte" im Deckungsverhältnis ansieht. Hinzu käme ein doppeltes Prozeßrisiko. Jedoch ist zu bedenken, daß der Bereicherungsgläubiger im Deckungsverhältnis von den genannten Risiken weitgehend befreit ist, soweit er eine Gegenleistung von der anderen Partei erhalten hat. Dann steht ihm entweder ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Aufrechnungsmöglichkeit zu, oder er kann sogar die erbrachte Leistung von der empfangenen Gegenleistung abziehen, falls man die sog. Saldotheorie anwendet (vgl. dazu unten S. 101 ff.). Soweit die Risikoverteilung nicht durch eine erbrachte Gegenleistung verändert wird, wird sie nicht schon dadurch korrigiert, daß man - wie etwa H.P. WESTERMANN JuS 1968, 17 (21) - den Leistungsgegenstand selbst als dasjenige ansieht, das der Partner im Deckungsverhältnis im Sinne des § 812 - nicht in Wirklichkeit - erlangt hat. Auch wenn man daraus grundsätzlich einen Wertersatzanspruch des Bereicherungsgläubigers nach § 818 Abs. 2 herleitet, so können doch Einwendungen und eine Insolvenz des Empfängers im Valutaverhältnis zu einem Wegfall der Bereicherung des Partners im Deckungsverhältnis gemäß § 818 Abs. 3 führen. Zu einer grundlegenden Korrektur der

mand - getäuscht durch den wirklichen Schuldner des Empfängers - eigene Rechte für eine Zuwendung an den Empfänger in der fälschlichen Annahme einsetzt, eine eigene Leistungsverpflichtung diesem gegenüber zu haben³⁹.

B. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehrpersonenverhältnissen ohne Beteiligung des Berechtigten

In den Mehrpersonenverhältnissen, in denen der berechtigte Dritte nicht an der Zuwendung beteiligt ist, wird durch den hier erörterten Lösungsansatz allerdings ein Durchgriff ausgeschlossen. Hier drängt sich jedoch noch stärker als in den oben erörterten Fällen die Frage auf, ob ein Vertrauensschutz in dem Umfang, in dem er durch diese Sicht der Leistungskondition in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip gewährt wird, mit dem geltenden Recht zu vereinbaren ist.

Zunächst ist auch hier zweifelhaft, ob es für den angestrebten Zweck des Vertrauensschutzes erforderlich ist, daß der Leistende, der kein eigenes subjektives Recht eingesetzt hat, einen Rückgewähranspruch auf Leistung an sich selbst und nicht nur auf Leistung an den früheren Berechtigten erhält.

Außerdem erscheint es bedenklich, einen Durchgriff auszuschließen, wenn der Empfänger weiß, daß Rechte eines Dritten durch die Leistung berührt werden. Außerdem ist einzuwenden, daß das Vertrauen, nicht Ansprüchen Dritter ausgesetzt zu

beschriebenen Risikoverteilung kann man allerdings gelangen, indem man dem Partner im Deckungsverhältnis im Fall der Insolvenz und von Gegenrechten des Empfängers im Valutaverhältnis zusätzlich die Berufung auf § 818 Abs. 3 versagt (so RENGIER, AcP 177, 418 (444); vgl. auch unten S. 30 Fußn. 59).

39 Anders BGH NJW 1974, 1132. Vgl. zu diesem Fall schon oben S. 16 Fußn. 32.

Soweit aufgrund der obigen Überlegungen ein Durchgriff zugelassen werden muß, kann eine Leistungskondition im Valutaverhältnis nicht plausibel begründet werden. Einem solchen Anspruch steht vielmehr entgegen, daß der Empfänger sonst einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt wäre.

sein, nicht dadurch entsteht, daß der Nichtberechtigte mit der Zuwendung einen Zweck verfolgt. Vielmehr beruht dieses Vertrauen im Regelfall darauf, daß der Empfänger den Zuwendenden zumindest für Verfügungsberechtigt gehalten hat.

Auf jeden Fall kann der Eigentümer dann, wenn der Empfänger durch eine Leistung eines Nichtberechtigten - etwa wegen Fehlens der Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff. - lediglich den Besitz erlangt, den Herausgabeanspruch nach § 985 gegen ihn geltend machen⁴⁰. Deshalb kann der Eigentümer gegen denjenigen, der durch eine Leistung eines Nichtberechtigten lediglich den Besitz erlangt hat, auch einen Wertersatzanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 geltend machen, wenn der Empfänger die Sache verbraucht hat⁴¹.

Fraglich ist eine Durchgriffsmöglichkeit des früheren Eigentümers, wenn zwar eine Leistung eines Nichtberechtigten vorliegt, der Erwerb des Empfängers sich letztlich aber kraft Gesetzes (z.B. gemäß §§ 937 ff., 946 ff., 955 ff.)

40 Vgl. schon oben S. 8.

Dieser Anspruch besteht sowohl bei Wirksamkeit (vgl. § 440 Abs. 2) als auch bei Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Leistendem und Empfänger. Der Gutglaubensschutz durch die §§ 932 ff. kann auch nicht ausgedehnt und der hier erörterten Auffassung zum bereicherungsrechtlichen Vertrauensschutz im Ergebnis teilweise angeglichen werden, indem man es für den Gutglaubensschutz ausreichen läßt, daß der Eigentümer - entgegen der wirklichen Lage - dem Erwerber gegenüber als Geheißperson des Nichtberechtigten erscheint (so aber BGH NJW 1974, 1132 ff.; dagegen zu Recht PICKER, NJW 1974, 1790 (1792 ff.); LOPAU, JuS 1975, 773 ff.). - In den Fällen der Durchgriffsmöglichkeit des Eigentümers darf dessen Stellung aber andererseits nicht dadurch unangemessen gestärkt werden, daß er außerdem einen Anspruch gegen den Leistenden auf Herausgabe der Gegenleistung nach § 281 analog erhält (vgl. RGZ 115, 31 ff.; 157, 40 (44 f.); PALANDT/HEINRICHS, § 281 Anm. 1 a). Die Gegenleistung gebührt vielmehr dem Empfänger der Leistung, der sie nach §§ 323 Abs. 3, 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. zurückverlangen kann.

41 Vgl. BGHZ 14, 7 (10).

In diesem Fall könnte man das Subsidiaritätsprinzip allerdings möglicherweise noch mit der - begriffsjuristischen - Begründung aufrechterhalten, das durch die Leistung Erlangte (Besitz) sei mit dem in sonstiger Weise

vollzieht.

In den Fällen des Eigentumserwerbs durch Ersitzung der von einem Nichtberechtigten geleisteten Sache scheidet eine Durchgriffsmöglichkeit des früheren Eigentümers (mit Hilfe eines Anspruchs nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2) aus, da die Vorschriften über die Ersitzung zumindest insoweit dem Rechtsfrieden dienen und daher eine endgültige Zuordnung bezwecken. Die Vorschrift des § 937 stellt - jedenfalls in dem genannten Fall - einen rechtlichen Grund im Sinne des § 812 Abs. 1 dar⁴².

Ein Durchgriff kommt jedoch in Betracht, wenn dem Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. eine Leistung eines Nichtberechtigten zugrundeliegt. Hier könnte dem früheren Eigentümer ein Wertersatzanspruch nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 gegen den Empfänger zustehen⁴³. § 951 Abs. 1 S. 2 stellt zwar klar, daß durch die §§ 946 ff. hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse eine endgültige Zuordnung erfolgen soll⁴⁴. Andererseits ergibt sich jedoch aus § 951 Abs. 1 S. 1, daß die §§ 946 ff. zumindest nicht in jedem Fall einen Rechtsgrund in dem Sinne darstellen, daß auch ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch ausscheidet⁴⁵. Für die Frage, ob der Eigentümer, der aufgrund einer Leistung eines Nichtberechtigten einen Rechtsverlust nach den §§ 946 ff. erleidet, einen Anspruch gemäß §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 gegen den Empfänger hat, ist die Überlegung entscheidend, daß es für die Beurteilung keinen Unterschied machen darf,

Erlangten (dem Verbrauch) nicht identisch.

42 So ESSER, Schuldrecht BT, § 100 III 1 c; STAUDINGER/BERG, § 937 Rdn. 4; RGRK/PIKART, 12. Aufl., § 937 Rdn. 20; so im Ergebnis auch KOCH, Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer, passim.

43 Vgl. zum Problem der Subsidiarität im Fall des § 951 vor allem BERG, AcP 160, 505 ff.; HUBER, JuS 1970, 342 ff., 515 ff.

44 Abgesehen von dem in § 951 Abs. 2 geregelten Wegnahmerecht.

45 § 951 Abs. 1 S. 1 stellt eine Rechtsgrundverweisung auf die Bereicherungsvorschriften dar (vgl. BGHZ 10, 171 (179); 35, 356 (359); 40, 272 (276); 55, 176 (177); GÜTZ, Der Vergütungsanspruch gemäß § 951 Abs. 1 BGB, S. 32 ff., 154 m.w.N.).

ob etwa einzubauendes oder zu verarbeitendes Material zunächst vom Leistenden übereignet wird oder nicht. Daher kann man den §§ 932 ff., 816 auch in den Fällen, in denen keine Übereignung an den Empfänger nach §§ 929 ff., sondern lediglich ein Rechtserwerb nach §§ 946 ff. stattfindet, ein Wertungsmodell für die Entscheidung der Frage entnehmen, wann ein Durchgriff des früheren Eigentümers nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 in Betracht kommt^{46,47}.

46 Vgl. BGHZ 55, 176 (177); H.P. WESTERMANN, JuS 1972, 18 (23); ERMANN/H.P. WESTERMANN, § 812 Rdn. 83, 85 m.w.N.; EHMANN, NJW 1971, 612; PICKER, NJW 1974, 1790 ff.; LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 III a; H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 54, 3.

Teilweise wird hier von einer Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip gesprochen (so etwa MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 28 V 4, Rdn. 730, für die Einbaufälle). Andererseits stellt man auch einen Einklang mit diesem Prinzip in der Weise her, daß man die Frage, was Leistungsgegenstand ist, danach beantwortet, ob die §§ 932 ff., 816 entsprechend angewendet werden können. Die Durchgriffsmöglichkeit läßt sich in diesen Fällen aber auch mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbaren, wenn man grundsätzlich davon ausgeht, daß der Erwerb nicht durch Leistung, sondern aufgrund Gesetzes erfolgt (so etwa MEDICUS, a.a.O., § 28 V 1, Rdn. 727 für den Erwerb nach § 950). Dann kann man die §§ 932 ff. analog als Rechtsgrund ansehen.

Bei dieser Sicht wird besonders deutlich, daß es nicht von grundlegender Bedeutung ist, wie in einer Rechtsordnung der Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und Verkehrsschutzbedürfnissen gesetzgeberisch gelöst wird, ob durch gutgläubigen Erwerb oder lediglich durch die Ersitzung, die ja ebenfalls Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 ist (vgl. oben S. 22). Die Rechtsordnungen, die den gutgläubigen Erwerb nicht kennen, lassen statt dessen in recht kurzer Frist die Rechtsfolgen der Ersitzung eintreten (so etwa das römische Recht; vgl. dazu KASER, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt, §§ 34, 101; 2. Abschnitt, § 243).

47 Ein Durchgriff nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 scheidet deshalb auch nicht - wegen angeblichen Vorrangs der Leistungskondition - immer schon dann aus, wenn der Eigentümer eine Sache unter Eigentumsvorbehalt veräußert hat und der Käufer sie dann aufgrund eines (fehlgeschlagenen) Vertrages im Haus eines Dritten einbaut (so aber wohl BGHZ 56, 228 (240 f.)). Eine derartige Lösung würde mit der Wertung der §§ 932 ff. insoweit in Widerspruch stehen, als ein Durchgriff auch bei Bösgläubigkeit des Empfängers ausgeschlossen wäre (vgl. PICKER, NJW 1974, 1790 (1792)).

Auch dann, wenn der Empfänger Nutzungen (vgl. § 100) einer von einem Nichtberechtigten überlassenen Sache erlangt, kann ein Durchgriff des Eigentümers oder sonst Nutzungsberechtigten nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden. Die Frage einer solchen Durchgriffsmöglichkeit stellt sich etwa bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener Miet- und Pachtverträge. Wenn der Empfänger im Fall gegenständlicher Nutzungen (vgl. § 99) nicht das Eigentum an ihnen nach §§ 953 ff. erlangt, steht dem Eigentümer der Hauptsache auch insoweit der Anspruch aus § 985 zu⁴⁸. Im übrigen kommt ein Durchgriff unter den Voraussetzungen der §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 in Betracht⁴⁹. Der Besitzer ist allerdings gemäß § 993 Abs. 1 2. Halbs. - abgesehen von Obermaßfrüchten und dem

Ein Konflikt mit der Wertung der §§ 932 ff., 816 entsteht nicht, wenn man das Subsidiaritätsprinzip im Anschluß an ESSER (a.a.O., § 104 II 4) so formuliert, daß lediglich demjenigen, der den Bereicherungsgegenstand geleistet hat, ein Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise verwehrt ist.

- 48 Teilweise wird § 935 Abs. 1 auch auf die Frage des Eigentumserwerbs an Sachfrüchten gemäß §§ 955, 957 entsprechend angewendet (so WOLFF/RAISER, Sachenrecht, § 77 III 4 und IV 5 b; a.A. H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 57 II 3 c; STAUDINGER/BERG, § 957 Rdn. 2; RGRK/JOHANNSEN, § 957 Rdn. 1 a).
- 49 Ein solcher Durchgriff scheidet jedoch aus, wenn der Leistende bereits das Eigentum an den Nutzungen gemäß §§ 953 ff. erlangt hatte. Dann hat der Empfänger vom Berechtigten erworben. Zwar regeln die §§ 953 ff. lediglich eine vorläufige Zuordnung der Nutzungen, die durch die §§ 987 ff., 812 ff. wieder korrigiert werden kann. Diese vorläufige Wirkung haben sie aber nur im Verhältnis zwischen dem Eigentümer der Hauptsache und demjenigen, der nach §§ 953 ff. ein Recht an den Nutzungen erwirbt. Gegenüber Dritten wirkt sich dieser Rechtscharakter der §§ 953 ff. nicht aus. Die §§ 953 ff. haben damit eine ähnlich verkehrsschützende Funktion wie das Abstraktionsprinzip (vgl. dazu unten S.44 Fußn. 93). Ein Durchgriff des Eigentümers scheidet aus den genannten Gründen auch dann aus, wenn der gutgläubige Besitzer einem anderen unter den Voraussetzungen der §§ 955, 956 Abs. 2 die Aneignung gestattet hat (vgl. dazu auch unten S.41 Fußn. 85).

Fall des unentgeltlichen Erwerbs (§ 988) - dann keinem Durchgriff ausgesetzt, wenn er weder bösgläubig noch verklagt ist und den Besitz aufgrund eines wirksamen Vertrages von einem Nichtberechtigten erlangt hat⁵⁰.

- 50 Soweit danach ein Durchgriff gegen den gutgläubigen Empfänger ausscheidet, steht dem Eigentümer ein Anspruch gegen den Leistenden zu. Dieser Anspruch ergibt sich, wenn der Leistende mittelbarer Besitzer ist, zunächst aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3, 100 und ist auf Herausgabe des Miet- oder Pachtzinses gerichtet. Darüber hinaus besteht ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 analog oder §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1 gegen den Leistenden, auch wenn er gutgläubiger oder unverklagter Besitzer ist. Dieser Anspruch ist nicht durch § 993 Abs. 1 2. Halbs. ausgeschlossen. Sonst würde ein Wertungswiderspruch zu § 818 Abs. 1 entstehen. Es wäre dann nämlich derjenige, der das Eigentum an der Hauptsache rechtsgrundlos erlangt hat, weitergehend zur Herausgabe von Nutzungen verpflichtet als derjenige, der lediglich den Besitz an ihr erlangt hat. Die Auffassung von WIELING (AcP 169, 137 (155 ff.)), der § 818 Abs. 1 allgemein entsprechend § 993 Abs. 1 2. Halbs. einschränken will, ist abzulehnen, weil es der Rechtsgüterschutz grundsätzlich erfordert, daß zumindest wertmäßig noch vorhandene Nutzungen herausgegeben werden (vgl. die Kritik bei PINGER, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 50 f.). Die Rechtsprechung (RGZ (GrS) 163, 348 (357 ff.); BGHZ 32, 76 (94 ff.); 37, 363 (365); BGH WPM 1964, 22) und ein Teil der Literatur (vgl. RGRK/JOHANNSEN, § 987 Rdn. 3 und § 988 Rdn. 3) kommen deshalb auch im Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer zur Anwendung des Bereicherungsrechts, indem sie § 988 entsprechend auch auf den rechtsgrundlosen Erwerb anwenden. Die überwiegende Auffassung in der Literatur (vgl. ERMAN/HEFERMEHL, Rdn. 16 vor §§ 987-993; SOERGEL/MÜHL, 11. Aufl., Rdn. 16 f. vor §§ 987-993; ESSER, a.a.O., § 105 IV 1 b; H. WESTERMANN, a.a.O., § 31 III 1 b; MEDICUS, a.a.O., § 23 V 2, Rdn. 600 f.) wendet die §§ 812 ff. im Fall der Leistungskondiktion direkt neben §§ 987 ff. an. Zu einer bereicherungsrechtlichen Haftung gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 muß man aber erst recht im Fall der Bereicherung in sonstiger Weise gelangen (so KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 203; PINGER, a.a.O., S. 51 f.), soweit hier nicht schon § 988 anwendbar ist, weil man Unentgeltlichkeit als "Erwerb ohne Gegenleistung" definieren könnte (vgl. WOLFF/RAISER, a.a.O., § 85 I 3; ERMAN/HEFERMEHL, § 988 Rdn. 1 b; STAUDINGER/BERG, § 988 Rdn. 2 b).
- Auch im Fall der unberechtigten Vermietung oder Verpachtung einer fremden Sache steht dem Eigentümer unter den genannten Voraussetzungen ein Anspruch gegen den Vermieter oder den Verpächter nach § 816 Abs. 1 analog (so

Ein Durchgriff des Rechtsinhabers gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 kommt auch dann in Betracht, wenn der Leistende in fremde Immaterialgüterrechte eingegriffen hat.

LARENZ, Schuldrecht BT, § 69 IV a; v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (358); DIEDERICHSEN, NJW 1964, 2296 f., wendet hier sogar § 816 Abs. 1 direkt an, da die Besitzüberlassung eine "Verfügung" im Sinne dieser Vorschrift darstelle) oder § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. bzw. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1 (so PALANDT/THOMAS, § 816 Anm. 2 a) zu (a.A. RGZ 105, 408 f., und BGH NJW 1964, 1853; SÖLLNER, JuS 1967, 449 (451 ff.) im Fall der unberechtigten Untervermietung durch einen Mieter, da das Recht zur Untervermietung in diesem Fall nicht dem Eigentümer zugewiesen sei. Dieser Auffassung ist trotz der Regelung des § 549 zu folgen).
Aus den vorgenannten Gründen ist § 993 Abs. 1 2. Halbs. einschränkend in dem Sinne zu interpretieren, daß diese Vorschrift lediglich eine Verkehrsschutzfunktion ähnlich den §§ 932 ff. hat und daher lediglich einen Anspruch des Eigentümers wegen Bereicherung in sonstiger Weise gegen den (Dritt-)Empfänger (nicht gegen den Leistenden) ausschließt. Eine ähnliche Verkehrsschutzfunktion wie § 993 Abs. 1 2. Halbs. hat § 957, soweit es sich um Sachbestandteile handelt, die nicht zu den Nutzungen gehören. Insoweit regelt § 957 eine endgültige Zuordnung.
Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß der Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und Verkehrsschutzinteressen im wesentlichen einheitlich gelöst wird. Es spielt keine besonders wichtige Rolle, ob es sich bei der vertraglichen Beziehung zwischen Nichtberechtigtem und Empfänger um einen Kaufvertrag, einen Miet- oder Pachtvertrag oder einen Werkvertrag handelt. Ein Durchgriff ist einheitlich dann möglich, wenn ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt (vgl. §§ 816 Abs. 1 S. 2, 988), es sich etwa um Schenkung, Leihe oder einen Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. handelt. Besteht auch in den Fällen der Entgeltlichkeit eine Durchgriffsmöglichkeit gegen den Empfänger, weil die Voraussetzungen der maßgeblichen Vorschriften nicht vorliegen, so kann sich der Berechtigte dennoch in allen genannten Fällen einen Anspruch gegen den Leistenden verschaffen, indem er dessen Handeln gemäß oder entsprechend § 185 Abs. 2 genehmigt. Ein Durchgriff gegen den Empfänger scheidet dann aus.
Zur Durchgriffsmöglichkeit im Fall der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs vgl. unten S. 64 ff.

Soweit in den genannten Fällen ein Durchgriff des ursprünglich Berechtigten mit Hilfe des Leistungsbegriffs in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip über das im Vorstehenden für zulässig erachtete Maß hinaus ausgeschlossen wird, werden dessen Rechte unangemessen verkürzt⁵¹. Der ursprünglich Berechtigte wird gewissermaßen "entmachtet"⁵². Der Umstand, daß jemand gegenüber dem Empfänger mit einer Zuwendung einen Zweck verfolgt hat, ist für die Frage, ob dem (früheren) Berechtigten eine Durchgriffsmöglichkeit zusteht, unerheblich.

Soweit für einen Dritten aufgrund eines bestehenden oder verlorengegangenen subjektiven Rechts ein Durchgriff möglich ist, ist es andererseits auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes erforderlich, dem Leistenden zusätzlich einen Bereicherungsanspruch zuzuerkennen⁵³. Eine Aktivlegitimation für eine Leistungskondition läßt sich in diesen Fällen nicht plausibel begründen. Der Empfänger würde vielmehr der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt⁵⁴.

51 Kritisch deshalb BOEHMER, Grundlagen II. 2, S. 14 ff.; BOSSE, Rechtsgrundlose Verfügung, passim.

52 So COSTEDE, Dogmatische und methodologische Überlegungen, S. 10.

Weil einige Autoren den wertneutralen Leistungsbegriff und das - wie auch immer formulierte - Subsidiaritätsprinzip gewissermaßen wie geltendes Recht als vorgegeben hinnehmen, ergeben sich für sie künstliche Schwierigkeiten (COSTEDE, a.a.O., S. 7, spricht insoweit zu Recht von "fehlgeleiteter Wissenschaftlichkeit").

53 Deshalb lehnen auch KOPPENSTEINER/KRAMER (a.a.O., S. 32) eine Leistungskondition des Diebes, der eine gestohlene Sache rechtsgrundlos veräußert hat, ab.

54 Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Empfängers läßt sich nicht dadurch vermeiden, daß man die Rückgewähr des Erlangten an den Leistenden gegenüber dem Berechtigten als nicht schuldhaft im Sinne der §§ 989, 990 Abs. 1 oder der §§ 819 f., 818 Abs. 4 iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder der positiven Forderungsverletzung ansieht, so daß der Empfänger gegenüber dem Berechtigten nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dadurch würde die Rechtsstellung des Durchgriffsberechtigten ebenfalls unangemessen verkürzt, weil er seine Rechte dann nur noch gegenüber dem Leistenden verfolgen könnte, der ihm Gegenrechte entgegensetzen könnte.

Insgesamt läßt sich somit feststellen, daß sich allein mit dem zweckorientierten Leistungsbegriff und dem Subsidiaritätsprinzip keine Rückabwicklung in den Mehrpersonenverhältnissen herbeiführen läßt, die in sich schlüssig ist und mit den sonstigen Wertungen des Zivilrechts in Einklang steht⁵⁵. Es ist daher kein Grund dafür ersichtlich, die Aktiv- bzw. Passivlegitimation für einen Bereicherungsanspruch allein auf das Vorliegen einer bewußten und zweckgerichteten Zuwendung zu stützen. Angesichts der vielen Widersprüche wundert es vielmehr, daß diese Auffassung überhaupt so viele Anhänger gefunden hat⁵⁶.

55 So auch KAEHLER, Bereicherungsrecht und Vindikation, S. 127; WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 106 f.
Der Leistungsbegriff stellt aus den genannten Gründen keine praktikable Kurzformel für Interessenwertungen dar, die für die Rückabwicklung maßgebend sind (so aber WIELING, JuS 1978, 801 (806); MEDICUS, a.a.O., § 27 I 3, Rdn. 688).

56 So auch COSTEDE, a.a.O., S. 14.
Erst recht läßt sich eine Sachbefugnis für einen Bereicherungsanspruch nicht allein aufgrund des Vorliegens einer Leistung bejahen, wenn man die Frage, ob eine Leistung gegeben ist und wer geleistet hat, vom Standpunkt des Leistenden aus beurteilt (vgl. oben S. 13 Fußn. 23).

§ 4 Das fehlerhafte Kausalverhältnis als Anknüpfungspunkt für die Risikoverteilung

Ein Durchgriff des (früheren) Berechtigten könnte aber zumindest in bestimmten Fällen, in denen er an der Zuwendung beteiligt ist, (in den sog. Dreiecksverhältnissen) ausgeschlossen sein, weil sich aus den (fehlerhaften) Kausalverhältnissen ergeben könnte, daß jede Partei die im Bereich der anderen Partei bestehenden Risiken (Insolvenz- und Gegenrechtsrisiko, Risiko des Untergangs, der Verschlechterung und der Entwertung der ausgetauschten Leistungen) zu tragen hat⁵⁷. Aus diesem Grund könnte nur der Partner des fehlerhaften Deckungsverhältnisses einem Bereicherungsanspruch des Berechtigten ausgesetzt sein, obwohl er selbst den Gegenstand der Zuwendung niemals erlangt hat.⁵⁸ Aus demselben Grund könnte ihm im Valutaverhältnis ein Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger zustehen, ohne daß er ein eigenes subjektives Recht eingesetzt hat. Die Parteien des Valutaverhältnisses könnten die zwischen ihnen bestehenden Risiken zu tragen haben, während der Bereicherungsgläu-

57 So grundsätzlich CANARIS, Festschrift für Larenz, S. 799 (814 ff.); vgl. auch MEDICUS, a.a.O., § 27 I 2, Rdn. 667.

58 Bei Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses scheidet ein Durchgriff oft schon wegen Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 362 Abs. 2, 185 oder eines Vertrages zugunsten eines Dritten aus, weil das Deckungsverhältnis hier auch gegenüber dem Drittempfänger zur Folge hat, daß ein rechtlicher Grund für die Zuwendung besteht (vgl. oben S. 14 ff.). Der Berechtigte ist bei Unwirksamkeit des Deckungsverhältnisses allerdings auch nach dieser Lösung bis zur Höhe einer erbrachten Gegenleistung von den genannten Risiken befreit, wenn ihm die Möglichkeit der Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht oder soweit man eine Saldierung der erbrachten Leistung mit der Gegenleistung für zulässig hält (vgl. dazu unten S. 101 ff.). Bei einem Durchgriff gegen den Empfänger hätte er das Risiko der Vermögenslosigkeit des Empfängers voll zu tragen.

biger im Deckungsverhältnis insoweit entlastet sein könnte.⁵⁹ So könnte auch erreicht werden, daß der Empfänger Gegenrechte aus dem Valutaverhältnis geltend machen könnte und vor allem nicht alle mit der Erbringung einer Gegenleistung verbundenen Gefahren zu tragen hätte.

Aus fehlerhaften Kausalverhältnissen ergibt sich zwar keine vertragliche Rückgewährverpflichtung⁶⁰. Jedoch könnten sie deshalb Anknüpfungspunkt für eine Risikozurechnung sein, weil die Parteien der Kausalverhältnisse bei deren Entstehung am ehesten in der Lage sein könnten, die gegenseitigen Risiken zu überprüfen⁶¹.

59 CANARIS (a.a.O., S. 819) will - ausgehend von der risikoverteilenden Funktion auch des fehlerhaften Kausalverhältnisses - den Konditionsgläubiger im Deckungsverhältnis konsequenterweise nur mit den Risiken in der Person seines Partners belasten. Er gibt ihm daher einen Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 gegen seinen Partner, der unabhängig von Einwendungen und einer möglichen Insolvenz des Partners im Valutaverhältnis ist. Er bejaht diesen Wertersatzanspruch auch in Fällen des Doppelmangels, obwohl er hier lediglich die Kondition gegen den Empfänger als dasjenige ansieht, das der Partner im Deckungsverhältnis im Sinne des § 812 erlangt hat.

60 Vgl. oben S. 9 f.

61 CANARIS (a.a.O., S. 802 ff. und 814 ff.) stützt seine Argumentation im wesentlichen auf das Abstraktionsprinzip, aus dem sich seiner Ansicht nach auch in den Dreiecksverhältnissen ergibt, daß der Empfänger nicht mit Mängeln des Deckungsverhältnisses ("Einwendungen ex iure tertii") belastet werden soll. Weiter soll aus diesem Prinzip folgen, daß der Empfänger Einwendungen und sonstige Gegenrechte aus dem Valutaverhältnis in vollem Umfang bei der Rückabwicklung soll geltend machen können. Deshalb scheidet nach seiner Ansicht ein Durchgriff des berechtigten Dritten grundsätzlich aus. Diese Auffassung mißt dem Leistungsbegriff zwar keine entscheidende Bedeutung für die Bestimmung von Aktiv- und Passivlegitimation des Bereicherungsanspruchs zu. Dieser Begriff wird aber nicht völlig überflüssig. Er ist vielmehr erforderlich, um eine bestimmte Zuordnung einem bestimmten Kausalverhältnis zuzuordnen (vgl. WIELING, a.a.O., S. 806). Insofern verspricht CANARIS (a.a.O., S. 857) zu viel, wenn er den "Abschied vom Leistungsbegriff" verheißt.

Zunächst erscheint aber zweifelhaft, ob man eine derartige Risikoverteilung auch im Fall von Leistungen an oder durch Dritte zur Erfüllung (nicht bestehender) gesetzlicher Schuldverhältnisse vornehmen kann. Hier fehlt es mangels Anbahnung einer Sonderbeziehung zwischen den Parteien völlig an einer Grundlage für eine aus der Kausalbeziehung herzuleitende Risikozurechnung. Derselbe Einwand läßt sich geltend machen, wenn ein vertragliches Kausalverhältnis erst gar nicht zum Abschluß gelangt ist (etwa beim Dissens, §§ 154 f.).

Aber auch gegen die Heranziehung von fehlerhaften vertraglichen Kausalverhältnissen als Anknüpfungspunkt für eine Risikoverteilung bestehen Bedenken. Hinsichtlich des Insolvenzrisikos ist zunächst fraglich, ob es überhaupt zulässig ist, das Bestehen von Ansprüchen zwischen den Parteien (d.h. hier einen Durchgriff des Berechtigten) davon abhängig zu machen, wer die Folgen tragen soll, wenn eine Partei vermögenslos wird. Außerdem ist zu bemerken, daß im Regelfall nur denjenigen ein Insolvenzrisiko trifft, der eigenes Vermögen einsetzt, und daß dieser das Risiko grundsätzlich nur demjenigen gegenüber tragen will, dem er dieses Vermögen zugewendet hat. Selbst bei einem wirksamen gegenseitigen Vertrag übernehmen die Parteien nicht schon durch den Vertragschluß ein Insolvenzrisiko. Vielmehr geht eine Partei dieses Risiko erst durch eine einseitige Vorleistung ein (vgl. § 17 KO). Auch das Bestehen von Gegenansprüchen und möglichen Einwendungen des Empfängers gegenüber seinem Partner im Valutaverhältnis ist kein hinreichender Grund, um einen Durchgriff des Berechtigten abzulehnen und statt dessen eine Rückabwicklung in den fehlerhaften Kausalverhältnissen vorzunehmen. Zunächst erscheint es befremdlich, das Bestehen eines Bereicherungsanspruchs von Einwendungen her zu begründen, die möglicherweise gegen ihn gerichtet werden können. Außerdem ist keine Norm ersichtlich, aus der sich ergibt, daß der gute Glaube des Empfängers daran zu schützen ist, daß er Ansprüche gegen den Partner eines fehlerhaften Kausal-

verhältnisses sichern kann, indem er sie als Gegenrechte (mittels Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrechts) gegenüber dem Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten einsetzt. Der Schutz des Rechtsverkehrs, der durch das Abstraktionsprinzip erreicht werden soll, reicht so weit nicht. Ein Durchgriff scheidet nach diesem Prinzip lediglich dann aus, wenn der Partner des Valutaverhältnisses (etwa der Anweisende) ein Recht erlangt und dieses Recht weiter auf den Empfänger übertragen hat, also ein Durchgangserwerb stattgefunden hat.⁶² Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, verlangt es grundsätzlich der Rechtsgüterschutz, daß der (frühere) Berechtigte mit dem Empfänger abrechnen darf. Durch das Bestehen eines (fehlerhaften) Deckungsverhältnisses darf er daran nicht gehindert werden⁶³.

Eine Rückabwicklung in den fehlerhaften Kausalverhältnissen erscheint vollends fragwürdig, soweit der Zuwendungsakt den Beteiligten gar nicht wirksam zugerechnet werden kann (z. B. bei fehlender oder von einem Dritten gefälschter Anweisung oder Geschäftsunfähigkeit).⁶⁴ Hier ist es mit den Wertungen des BGB unvereinbar, denjenigen, der real nichts

62 Auch nur in diesen Fällen kann man einen Ausschluß des Durchgriffs damit begründen, das BGB lasse die sog. Versionsklage nicht zu (a.A. CANARIS, a.a.O., S. 804; vgl. dazu und zum Abstraktionsprinzip auch unten S. 44 Fußn. 93).

63 Aus diesem Grund ist auch nicht etwa ein Anspruch aus § 985 ausgeschlossen, wenn zwischen Eigentümer und Vorbesitzer ein (fehlerhaftes) Vertragsverhältnis besteht (vgl. v. CAEMMERER, Festschrift für Boehmer, S. 145 (154 Fußn. 19)).

64 Vgl. schon oben S. 18 ff. CANARIS (a.a.O., S. 820 ff.) schränkt in diesen Fällen seinen Lösungsansatz durch das Prinzip der Risikozurechnung ein.

erlangt hat, mit einer bereicherungsrechtlichen Rückgewährpflicht zu belasten und denjenigen, dessen subjektives Recht durch die Zuwendung berührt wird, lediglich auf einen Anspruch gegen den Partner des Kausalverhältnisses zu beschränken.

Schließlich ist gegen eine derartige, auf die Risikozurechnung abstellende Betrachtungsweise einzuwenden, daß gar nicht klar wird, worin eigentlich die Aktiv- und Passivlegitimation für die Leistungskondition ihre Grundlage haben. Daher kann ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. auch nicht damit begründet werden, die Rückabwicklung müsse, um die Risiken gerecht zu verteilen, in den (fehlerhaften) Kausalverhältnissen erfolgen.

§ 5 Leistungskondiktion als Regelung des Rechtsgüter-
schutzes

A. Allgemeine Charakterisierung dieses Lösungsansatzes

Es bleibt damit nur die Möglichkeit, grundsätzlich auch für die Leistungskondiktion zu verlangen, daß das Erlangte dem Rechtskreis des Gläubigers entstammt⁶⁵. Auch bei der

⁶⁵ Die Rechtsprechung verlangte früher allgemein - auch für die Fälle der Leistungskondiktion - eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien (vgl. RGZ 73, 173 (177); 98, 237 (240); 144, 217 (219); 154, 370 (375); BGHZ 36, 30 (31 f.); BGH JZ 1962, 404 (405); so auch EN-NECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, § 221 III; ähnlich LARENZ, Schuldrecht BT, 9. Aufl., § 62 II a; vgl. zu dieser Auffassung KUPISCH, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, S. 17 f.). Dabei stößt der Begriff "Vermögens"verschiebung zunächst auf die oben (S. 11 Fußn. 20) genannten Bedenken. Außerdem ist diese Auffassung - zumindest für die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise - zu eng, weil sie den Rechtsgüter-schutz zu stark verkürzt (vgl. LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 II; ESSER, Schuldrecht BT, § 104 I 1 und 2; v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (358)). In den Fällen, in denen der Empfänger eine fremde Sache oder ein fremdes Recht nutzt oder sonst unter Verwendung fremder Rechte neue Werte schafft, läßt sich nicht sagen, daß das Erlangte vorher Bestandteil des Vermögens des Rechtsgutsinhabers war. Trotzdem ist dieser auch in den genannten Fällen bereicherungsrechtlich zu schützen, da die Nutzung des Rechts allein ihm zugewiesen ist und ihm deshalb die Erträge einer Nutzung durch Fremde gebühren. Deshalb erscheint es besser, lediglich zu verlangen, daß das "Haben"des Bereicherungsschuldners im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts des Gläubigers steht (vgl. ESSER, a.a.O., § 104 I 3; LARENZ, a.a.O., § 68 II; MEDICUS, a.a.O., § 28 II 1 b, Rdn. 705; WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 25 ff.; v. CAEMMERER, a.a.O., S. 353 ff.; teilweise abweichend KELLMANN, Gewinnhaftung, S. 90 ff.; KLEINHEYER, JZ 1970, 471 (472 f.); BATSCCH, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen, S. 68 ff.). Es ist somit keine Vermögenseinbuße des Gläubigers erforderlich.

Leistungskondiktion könnte das Merkmal "auf Kosten" erforderlich sein⁶⁶. Es könnte sich auch bei der Leistungskondiktion - ebenso wie bei den Ansprüchen aus §§ 985, 1004, 823 Abs. 1 und der Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise - um eine Regelung des Rechtsgüterschutzes bzw. des Schutzes bestimmter Rechtspositionen handeln⁶⁷. In bestimmten Fällen könnte die Leistungskondiktion - wie die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise in den entsprechenden Fällen - einen Rechtsfortwirkungsanspruch darstellen, d.h. eine (frühere) Rechtsposition des Leistenden fortsetzen. Aus dieser Funktion der Leistungskondiktion könn-

66 So WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 100 ff., und JuS 1973, 1 ff.; KUPISCH, a.a.O., S. 29 und 56; vgl. auch schon v. LÜBTOW, Beiträge zur *condictio*, S. 26. Eine derart gefaßte Leistungskondiktion kann auf die einheitliche "*regula iuris antiqui*" der Digesten zurückgeführt werden (POMPONIIUS D. 12, 6, 14: "*natura aequum esse, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*"), wonach sich niemand auf Kosten eines anderen bereichern darf. Vgl. zur Interpretation des römischen Konditionenrechts durch v. Savigny WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 26 ff.

67 Diese Auffassung wurde auch von v. SAVIGNY vertreten (vgl. System, Bd. 5, S. 503 ff.), der allerdings eine Vermögenseinbuße des Leistenden verlangte. WILHELM (a.a.O., S. 71 ff., 98 ff.) sieht die einheitlich zu bestimmende Aufgabe des Bereicherungsrechts darin, daß ein rechtswidriger Zustand beseitigt werden soll, der durch die Anmaßung eines fremden Rechts herbeigeführt worden ist. Ebenso wie v. SAVIGNY (a.a.O., S. 525) geht KAEHLER (Bereicherungsrecht und Vindikation, S. 146 ff., 279, 295 ff., ihm folgend COSTEDE, Dogmatische und methodologische Überlegungen, S. 44 f.) von einem einheitlichen Bereicherungsanspruch aus. Diese Meinung wird auch von KELLMANN (a.a.O., S. 91 ff., und NJW 1971, 862 (863)) und BATSCHE (Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe, S. 91) - allerdings von im einzelnen unterschiedlichen Ausgangspositionen aus - vertreten.

te folgen, daß derjenige, der etwas unter Verwendung einer einem anderen zugewiesenen Rechtsposition erlangt, nur mit diesem über seinen Erwerb abrechnen muß, und daß nur gegen denjenigen ein Anspruch aus Leistungskondiktion entstehen kann, der real etwas auf Kosten eines anderen erlangt hat. Daraus ließe sich entnehmen, daß in den Mehrpersonenverhältnissen immer ein Durchgriff des (früheren) Berechtigten möglich wäre. Dieses Ergebnis könnte sich allerdings durch eine entsprechend weite Fassung der Merkmale "auf Kosten" und "etwas" vermeiden lassen⁶⁸.

Die Abgrenzung der Leistungskondiktion von der Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise könnte so vorgenommen werden: Eine Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise könnte immer dann in Betracht kommen, wenn ein anderer etwas ohne rechtserheblichen Willen des Gläubigers aus dessen geschützter Rechtsposition erlangt hat⁶⁹.

68 Vgl. im einzelnen unten S. 54 ff.

Deshalb wird für die geschützte Position des Gläubigers hier zunächst nicht der Begriff "subjektives Recht", sondern der etwas unbestimmte Begriff "Rechtsposition" gebraucht.

69 Diese Formulierung umfaßt auch die Fälle, für die die überwiegende Auffassung in der Literatur eine besondere Untergruppe der Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise neben der Eingriffskondiktion gebildet hat: die Verwendungs- oder Impensenkondiktion, die dann gegeben sein soll, wenn jemand Verwendungen auf fremde Güter macht (vgl. v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (365); H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 54, 5; MEDICUS, a.a.O., § 34 V 1 b, Rdn. 895 ff.). Da es aber für die Entstehung eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. auch bei Eingriffen des Schuldners nach zutreffender Auffassung nicht auf die Rechtswidrigkeit des Eingriffsakts ankommt (so aber SCHULZ, AcP 105, 1 ff.; ähnlich JAKOBS, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, passim), sondern entscheidend ist, ob das "Haben" des Empfängers dem Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition des Gläubigers widerspricht (vgl. oben S. 34 Fußn. 65), bedarf es einer Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Verwendungskondiktion nicht. Vgl. auch J. SCHMIDT, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, S. 104 ff., der den Bereicherungsanspruch im Fall von Eingriffen in subjektive Rechte nicht als Schutz einer "Aktionsberechtigung", sondern einer "Vermögensberechtigung" ansieht.

Die freiwillige und uneingeschränkte Zurverfügungstellung eines Rechtsguts löst danach keinen Bereicherungsanspruch aus⁷⁰. Die Leistungskondition könnte demgegenüber dann eingreifen, wenn der Erwerb des Schuldners zwar durch den rechtserheblichen Willen des Gläubigers gedeckt ist, dieser aber mit der Zuwendung einen Zweck verfolgte, der endgültig nicht mehr erreicht werden kann⁷¹. Sie könnte somit die Aufgabe haben, den Rechtsgüterschutz auch in den Fällen sicherzustellen, in denen die (teilweise) Aufgabe einer Rechtsposition nicht uneingeschränkt, sondern nur zur Erreichung bestimmter Ziele und Zwecke erfolgt und diese Ziele und Zwecke nicht mehr erreicht werden können⁷². Als Hauptzweck kommt die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Betracht.^{73,74}

70 Der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition ist dann nicht verletzt (vgl. H.P. WESTERMANN, JuS 1972, 18 (22); BAUR/WOLF, JuS 1966, 393 (397)). Welche Anforderungen an den rechtserheblichen Willen des Zuwendenden im einzelnen zu stellen sind, d.h. ob etwa auch ein Geschäftsunfähiger wirksam einwilligen kann, hängt von der Eigenart des betroffenen Rechtsguts ab. Erfolgt eine Zuwendung mit dem rechtserheblichen Willen des Zuwendenden und ohne Einschränkungen, so stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Grund nicht mehr.

71 Daneben bedarf es nicht noch einer besonderen Rückgriffskondition, die überwiegend als weitere Untergruppe der Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise angesehen wird und etwa bei Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit nach § 267 gegeben sein soll (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 35 I 1 c, Rdn. 910, und § 35 IV 2 ff., Rdn. 948 ff.). Da nach richtig verstandener Auffassung jede bewußte und gewollte fremdnützige Tätigkeit als Geschäftsführung ohne Auftrag angesehen werden kann (vgl. WOLLSCHLAGER, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 318; KUPISCH, a.a.O., S. 89), kommt in den hier eingeordneten Fällen ein Anspruch aus §§ 683 S.1, 681 S. 2, 670 oder §§ 684 S. 1, 812 ff. in Betracht, soweit nicht die Absicht besteht, keinen Ersatz zu verlangen, § 685 Abs. 1. Ein solcher Anspruch und nicht eine Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise kann auch dann bestehen, wenn jemand in Kenntnis der Sach- und Rechtslage Verwendungen auf ein fremdes Gut macht.

72 Werden diese Ziele und Zwecke erreicht, so ist der Erwerb mit Rechtsgrund erfolgt. Die Zahl denkbarer Rechtsgründe ist nicht begrenzt. Außer der causa solvendi und der causa donandi kommen weitere causae in Betracht (vgl. etwa § 812 Abs. 1 S. 2. Alt.: "causa data causa non secuta").

73 Diese Sicht der Leistungskondition würde damit nicht

B. Geschützte Rechtspositionen

Fraglich ist, welche Anforderungen im einzelnen an die - für Leistungskondiktion und Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise somit einheitlich zu bestimmende - Rechtsposition gestellt werden müssen, die dem Gläubiger dasjenige zuweist, was der Schuldner erlangt hat⁷⁵. Das Bereicherungsrecht enthält insoweit keine eigene Regelung. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung ist es auch möglichst anzustreben, daß im Bereicherungsrecht nicht mehr oder weniger Rechtspositionen geschützt werden, als dies in der übrigen Rechtsordnung der Fall ist. Dabei ist zunächst an Rechtspositionen anzuknüpfen, die in anderen Vorschriften der Rechtsordnung als subjektive Rechte ausgestaltet sind. Dabei muß es sich um subjektive Rechte handeln, die dem Berechtigten nicht nur Handlungsbefugnisse, sondern die jeweilige Erwerbsposition, etwa bestimmte Erträge einer Sache, zuweisen.

das "Ende des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs" (so aber HARDER, JuS 1979, 76) als bewußter und zweckgerichteter Zuwendung zur Folge haben, sondern lediglich bedeuten, daß das Vorliegen einer zweckgerichteten Zuwendung allein nicht ausreicht, um die Aktivlegitimation für einen Bereicherungsanspruch zu begründen (anders aber KUPISCH, a.a.O., S. 27 f.).

- 74 Da die Leistung eine Zuwendung voraussetzt, die von dem rechtserheblichen Willen des Zuwendenden getragen ist, steht einem Geschäftsunfähigen vielfach trotz einer Zweckbestimmung nicht eine Leistungskondiktion, sondern nur eine Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise zu.
- 75 Diese Frage stellt sich für die überwiegende Auffassung - aus ihrer Sicht der Leistungskondiktion konsequent - lediglich bei der Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 28 II, Rdn. 704 ff.).

Zunächst sind absolute Rechte, die dem Berechtigten ausschließliche Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse verleihen, im Rahmen ihres Zuweisungsgehalts auch bereicherungsrechtlich geschützt. Dazu gehören das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte. Dasselbe wird man von gewerblichen Schutzrechten wie dem Patentrecht und dem Gebrauchsmusterrecht⁷⁶ und Immaterialgüterrechten wie dem Urheberrecht sagen können.⁷⁷ Diese Rechte sind ihren Inhabern als Vermögensrechte zugewiesen. Einen vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt wird man auch beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht bejahen müssen, da es zu gewerblichen Zwecken verwertet werden kann.^{78,79}

76 Beim Warenzeichen ist diese Frage umstritten (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 28 II 3 b, Rdn. 710).

77 Der Bundesgerichtshof hat für den Fall schuldhafter Verletzung dieser Rechte die Methode der dreifachen Schadensberechnung entwickelt, die auch das durch die Nutzung des fremden Rechts Erlangte umfaßt (vgl. unten FuBn. 326).

78 So BGHZ 40, 345 (355); KLEINHEYER, JZ 1970, 471 (476); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 12 und 42; ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 812 Rdn. 69; a.A. MESTMÄCKER, JZ 1958, 521 (525); LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 II; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 99 IV 1.
Eine Leistungskondition nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 818 Abs. 2 kommt also etwa in Betracht, wenn jemand ein Bild mit seiner Person aufgrund eines unwirksamen Vertrages zu Reklamezwecken zur Verfügung stellt (vgl. § 22 KUG). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist auch sonst nicht nur negatorisch (durch Naturalrestitution nach §§ 823 Abs. 1, 249 S. 1 bzw. durch einen Widerrufsanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 analog), sondern auch trotz § 253 vermögensrechtlich nach § 847 Abs. 1 analog geschützt (vgl. BGHZ 26, 349 (356); 35, 363 (367 ff.)).

79 Zweifelhaft erscheint ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (einem sonstigen Recht im Sinne des § 823 Abs. 1) und bei Positionen, die lediglich durch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 geschützt sind (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 28 II 3 b, Rdn. 710). Auf Einzelheiten des Schutzzumfangs der genannten Rechtspositionen kann hier aus verständlichen Gründen nicht näher eingegangen werden (vgl. dazu KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 90 ff., und zur wettbewerbsrechtlichen Problematik etwa JOERGES, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, S. 66 ff.).

Es stellt sich weiter das Problem, ob auch der Besitz bereicherungsrechtlich geschützt ist und damit eine zureichende Grundlage einer Aktivlegitimation für eine Leistungskondition ist⁸⁰. Dagegen läßt sich anführen, daß er nur ein rein tatsächliches Verhältnis zu einer Sache ist und im wesentlichen lediglich der Sicherung des Rechtsfriedens dient. Daraus läßt sich entnehmen, daß der Besitz nur nach den possessorischen Besitzschutzvorschriften der §§ 859 ff. zu schützen ist⁸¹.

Einen bereicherungsrechtlich relevanten Zuweisungsgehalt könnte jedoch der berechnigte Besitz haben, auch wenn die Besitzberechtigung lediglich auf einem obligatorischen Vertrag beruht⁸². Das Gesetz schützt die Position des berechnigten Besitzers in § 986 Abs. 1 S. 2 auch gegenüber Dritten. Danach kann der Eigentümer im Fall des abgeleiteten Besitzrechts nur Herausgabe an den zum Besitz berechtigten mittelbaren Besitzer verlangen. Dabei ist über den Wortlaut des

80 Diese Frage ist vor allem von Bedeutung, wenn ein nichtberechtigter Besitzer zum Zweck der Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit eine rechtsgeschäftliche Verfügung vornimmt oder einen Eigentumserwerb des Empfängers nach §§ 946 ff. herbeiführt, ohne daß die Voraussetzungen der direkt oder analog anwendbaren §§ 932 ff. vorliegen.

81 Der Besitz ist als solcher auch nicht nach § 823 Abs. 1 als sonstiges Recht geschützt (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 24 II 2 a, Rdn. 607, und AcP 165, 115 ff.; ESSER, Schuldrecht BT, § 107 II 2 a; a. A. BGHZ 32, 194 (207); 62, 243 (248 m.w.N.); H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 8, 4). Auch stellen die §§ 858 ff. keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 dar (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 24 II 3 a, Rdn. 621; a.A. BGHZ 20, 169 (171); BayObLG 62, 162 (167); WIESER, JuS 1970, 557 (559 f.)).

82 Der obligatorisch gerechtfertigte Besitz ist weitgehend verdinglicht, vgl. z. B. § 571 (siehe dazu DULCKEIT, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 23).

§ 986 Abs. 1 S. 2 hinaus nicht nur der mittelbare Besitzer geschützt, sondern auch der frühere Besitzer, wenn nur der unmittelbare Besitzer sein Besitzrecht von ihm ableitet⁸³. Der berechtigte Besitz ist wegen seiner weitgehenden Verdinglichung sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1⁸⁴. Das spricht dafür, ihn auch bereicherungsrechtlich zu schützen⁸⁵.

83 PALANDT/BASSENGE, § 986 Anm. 3 c, 4. Dies ist etwa der Fall, wenn ein zum Besitz berechtigter Besitzer, der zum Verkauf der Sache nicht berechtigt war, diese dennoch an einen Dritten verkauft und übergeben, aber nicht wirksam übereignet hat.

84 Vgl. LÖWISCH, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 107; LARENZ, a.a.O., § 72 I a; WIESER, a.a.O., S. 557. Der Deliktsschutz kann damit begründet werden, daß der berechtigte Besitz dem Eigentum vergleichbar ist. Der berechtigte Besitz wird aber durch § 823 Abs. 1 nur insoweit geschützt, als die Befugnisse des Besitzers reichen. In manchen Fällen kann er nur Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, in anderen Fällen gemäß §§ 823 Abs. 1, 251 auch Schadensersatz in Geld - etwa bei Zerstörung der Sache. Zu Recht dehnt MEDICUS (a.a.O., § 24 II 2 a aa, Rdn. 607, und AcP 165, 115 ff.; ebenso ESSER, a.a.O., § 107 II 2 a) den Schutz auch auf den gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzer aus, soweit ihm die Nutzungen zugewiesen sind (vgl. dazu oben S. 24 f.).

85 Vgl. zum Schutz des obligatorisch zum Besitz berechtigten Besitzers gegenüber Dritten durch die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 90; KELLMANN, Gewinnhaftung, S. 89; eingehend KURZ, Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, S. 42 ff. Folgt man der Auffassung von MEDICUS (vgl. oben Anm. 84), so muß auch dem (früheren) gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzer die Aktivlegitimation für einen Bereicherungsanspruch auf Nutzungsherausgabe gegen einen Dritten zustehen. Das gilt selbst dann, wenn der Dritte hinsichtlich seiner Besitzberechtigung bösgläubig war. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 991 Abs. 1. Darüber hinaus muß auch demjenigen eine Aktivlegitimation für einen Bereicherungsanspruch auf Nutzungsherausgabe zugebilligt werden, der als gutgläubiger Besitzer einem anderen rechtsgrundlos nach §§ 955, 956 Abs. 2 die Aneignung von Sachfrüchten gestattet hat. § 955 regelt zwar nur eine vorläufige Zuordnung. Er bewirkt aber insoweit einen Schutz des Rechtsverkehrs, als ein Durchgriff des Eigentümers ausgeschlossen ist.

Auch der lediglich obligatorisch zum Besitz berechtigte (frühere) Besitzer kann trotz des grundsätzlich nur relativen Charakters des Forderungsrechts daher einen Anspruch auf Rückgewähr des Besitzes gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. haben⁸⁶. Gehen die Befugnisse des Besitzberechtigten über das bloße Recht zum Besitz hinaus, so können ihm weitere Ansprüche nach Bereicherungsrecht (etwa nach § 818 Abs. 2) zustehen⁸⁷. Die Ansprüche des berechtigten Besitzers sind auf dasjenige gerichtet, das ihm nach dem Zuweisungsgehalt seines Rechts gebührt⁸⁸.

Fraglich ist, ob und inwieweit darüber hinaus Forderungsrechte einen bereicherungsrechtlichen Schutz genießen⁸⁹. Eine Leistungskondition ist immer dann gegeben, wenn die Forderung selbst (bei Abtretung nach § 398) Leistungsgegenstand ist. Dasselbe gilt, wenn Leistungsgegenstand nur die Einziehungs- oder Annahmefugnis ist, so daß der Schuldner der Forderung durch Leistung an den Empfänger nach §§ 362 Abs. 2, 185 frei wird. Hierbei stellt § 816 Abs. 2 eine Sonderre-

86 Der Besitz ist "etwas" im Sinne des § 812 (RGZ 129, 307 (311); BAUR, Sachenrecht, § 9 V 2; H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 8, 4).

Der Anspruch des berechtigten Besitzers kann neben dem Anspruch des Eigentümers nach § 986 Abs. 1 S. 2 bestehen.

87 So kann etwa dem Mieter oder Pächter ein Anspruch auf Herausgabe von oder Wertersatz für Nutzungen gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 818 Abs. 1 und 2 zustehen.

88 Ein Anspruch auf den aus einer Veräußerung erzielten Erlös steht dem nur obligatorisch zum Besitz berechtigten Besitzer im Regelfall nicht zu, da er selbst auch nicht zur Verwertung der Sache befugt ist.

89 Bereits v. SAVIGNY, für den sich in den subjektiven Rechten die Herrschaft des unabhängigen Willens des einzelnen ausdrückte, gliederte die Rechte in zwei Klassen: Rechte, die die Herrschaft über eine Sache gewähren (Eigentum) und Rechte, die die Herrschaft über einzelne Handlungen des Schuldners bedeuten (Obligation) (System, Bd. 1, S. 331 ff.; vgl. dazu weiter WIEACKER, Zum System des deutschen Vermögensrechts, S. 28 ff.; KIEFNER, in: BLOHDORN/RITTER (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 3 (7 ff.)).

gelung der Leistungskondition dar.⁹⁰

Das Forderungsrecht ist jedoch wegen seines bloß relativen Charakters grundsätzlich keine für eine Aktivlegitimation ausreichende Rechtsposition, wenn nicht die Forderung selbst, sondern der Gegenstand geleistet wird, auf den sich die Forderung richtet. Eine solche Fallgestaltung liegt z.B. vor, wenn ein Gegenstand geleistet wird, der dem Leistenden lediglich verkauft, aber noch nicht übereignet oder übergeben worden war.⁹¹ Hier war dem Leistenden - jedenfalls gegenüber Dritten - noch kein Recht an dem geleisteten Gegenstand zugewiesen.⁹² Eine ähnliche Fallgestaltung ist gegeben, wenn es sich bei dem Leistungsgegenstand um etwas handelt, hinsichtlich dessen der Leistende lediglich einen bereicherungs-

90 Im Regelfall, wenn etwa der Schuldner der Forderung nach §§ 407 ff. frei wird, stellt § 816 Abs. 2 eine Sonderregelung der Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise dar (vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 103).

In der Literatur wird darüber hinaus die Forderungszuständigkeit teilweise auch als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 angesehen (vgl. etwa LARENZ, Schuldrecht BT, § 72 I m.w.N.; a.A. z.B. MEDICUS, a.a.O., § 24 II 2 b, Rdn. 610 m.w.N.).

91 Wegen der lediglich relativen Natur des Forderungsrechts steht dem Forderungsinhaber auch kein Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise gegen denjenigen zu, der den Gegenstand von dem Schuldner geleistet erhalten hat. Ein "ius ad rem" - wie es das Gemeine Recht zuließ - gewährt das BGB nicht (vgl. dazu DUBISCHAR, JuS 1970, 6 ff.). Der Forderungsberechtigte ist jedoch insoweit geschützt, als er nach § 281 von seinem Schuldner Herausgabe des Entgelts verlangen kann, das dieser von dem Dritten erhalten hat. § 281 kann insoweit rechtssystematisch durchaus als Bereicherungsanspruch betrachtet werden (vgl. KAEHLER, a.a.O., S. 74 ff.; ihm folgend COSTEDE, a.a.O., S. 69). Es handelt sich um eine Sonderregelung der Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise. Inter partes ist dem Gläubiger bereits der Gegenstand zugewiesen, auf den sich die Forderung bezieht (vgl. zu ähnlichen Beispielen von "Bereicherungsansprüchen" zum Schutz relativer Rechte KAEHLER, a.a.O., S. 61 f. und 137 ff.; COSTEDE, a.a.O., S. 70 f.).

Die Forderung ist damit im Verhältnis zum Schuldner nicht nur schadensersatzrechtlich (durch die Vorschriften über die Leistungsstörungen), sondern auch bereicherungsrechtlich geschützt.

92 Nach einhelliger Meinung ist das Forderungsrecht insoweit

rechtlichen Rückgewähranspruch hatte.⁹³

auch nicht nach § 823 Abs. 1 geschützt (vgl. statt aller MEDICUS, a.a.O., § 24 II 2 b, Rdn. 610). Überwiegend wird jedoch ein Schutz auch gegenüber Dritten unter den engen Voraussetzungen des § 826 bejaht (vgl. DUBISCHAR, a.a.O., S. 8).

- 93 Ebenso steht dem Gläubiger eines solchen Anspruchs grundsätzlich keine Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise gegen denjenigen zu, an den der Schuldner den zurückzugewährenden Gegenstand geleistet hat. Das BGB kennt die -nach Gemeinem Recht mögliche - Versionsklage (*actio de in rem verso*) nicht (vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 487 f. (Motive); ausführlich dazu KUPISCH, Die Versionsklage, S. 17 ff.; BRANDI, Bereicherung aus fremdem Vertrag, *passim*). Der Empfänger braucht über seinen Erwerb grundsätzlich nur mit demjenigen abzurechnen, der vor ihm an dem Gegenstand berechtigt war und von dem er erworben hat (vgl. schon oben S. 32). Dies gilt auch in den Fällen des Durchgangserwerbs bei der sog. mittelbaren Stellvertretung (vgl. BGH NJW 1961, 1461, und KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 37). Soweit sich der bereicherungsrechtliche Rückgewähranspruch aus der rechtsgrundlosen Übertragung von Rechten ergibt, beruht diese gesetzgeberische Entscheidung auf dem Abstraktionsprinzip, das ebenso wie die Vorschriften über den Gutgläubensschutz (vgl. etwa §§ 892 f., 932 ff. BGB, 366 HGB) und die Ersitzung (§§ 937 ff.) dem Verkehrsschutz dient. Das Abstraktionsprinzip gewährleistet aber insoweit einen umfassenderen Verkehrsschutz als die genannten Vorschriften, als grundsätzlich ein guter Glaube des Erwerbers nicht erforderlich ist und als dieses Prinzip auch auf den Erwerb von Forderungen Anwendung findet. Sinn und Zweck des Abstraktionsprinzips ist es, daß der Erwerb nicht mit den schuldrechtlichen Beziehungen des Zuwendenden zu dem vor ihm Berechtigten belastet wird. Wegen der Herleitung aus dem Abstraktionsprinzip bedarf es für die Begründung des Durchgriffsverbots in den genannten Fällen nicht des unklaren Merkmals der "Unmittelbarkeit des Bereicherungsvorgangs" (vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 96 f.). Eine Ausnahme vom Durchgriffsverbot stellt § 822 dar, durch den der bereicherungsrechtliche Rückgewähranspruch auch gegenüber Dritten geschützt ist. Hier tritt der Verkehrsschutz zurück. In § 822 wie auch in mehreren anderen Anspruchsgrundlagen des BGB (vgl. §§ 816 Abs. 1 S. 2, 988, 2287, 2329) kommt die bereicherungsrechtliche Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs zum Ausdruck (vgl. dazu MEDICUS, a.a.O., § 16 III, Rdn. 382 ff.). Wenn die Voraus-

Fraglich ist, ob auch Dienst- und Arbeitsleistungen mit dieser auf den Rechtsgüterschutz abstellenden Betrachtungs-

setzungen des § 822 vorliegen, wirkt sich das Abstraktionsprinzip nicht aus.

Im übrigen scheidet ein Durchgriff des früheren Berechtigten gegen den Empfänger grundsätzlich unabhängig davon aus, ob das Kausalverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Empfänger wirksam oder fehlgeschlagen ist. Im letzteren Fall spricht man von einer sog. Bereicherungskette (vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 33). Hier kann der Gläubiger die Abtretung des Bereicherungsanspruchs des Leistenden gegen den Empfänger (Kondiktion der Kondiktion) verlangen (vgl. dazu auch unten S. 205 f.). Eine analoge Anwendung des § 822 (rechtsgrundlos gleich unentgeltlich) scheidet aus, weil § 822 (anders als § 816 Abs. 1 S. 2) voraussetzt, daß dem Berechtigten kein Anspruch gegen den unentgeltlich Zuwendenden zusteht, dieser sich vielmehr auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 berufen kann. Die Möglichkeit einer Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ist aber bei rechtsgrundlosen Zuwendungen wegen des Bereicherungsanspruchs des Leistenden nicht gegeben. Außerdem ist auch bei der Rückabwicklung nach rechtsgrundlosem Erwerb ein Schutzbedürfnis des Empfängers (in bezug auf Gegenrechte, vor allem eine erbrachte Gegenleistung) zu bejahen, dem das Abstraktionsprinzip gerecht werden will (vgl. zu allem weiter unten S. 205 f.).

Im Fall der Wirksamkeit eines entgeltlichen Vertrages zwischen dem Leistenden und dem Empfänger ist streitig, ob gegen den Leistenden ein Anspruch auf Herausgabe des vollen Gewinns (so - aufgrund eines subjektiven Wertbegriffs im Rahmen des § 818 Abs. 2 - teilweise KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 163; LANGE, NJW 1951, 685 (687); ebenso ESSER, a.a.O., § 104 II 1 b, der bei Veräußerung rechtsgrundloser Sachen zu diesem Ergebnis über eine Ausdehnung des § 818 Abs. 1 kommt) oder nur auf Ersatz des objektiven Wertes, d.h. des am Markt für den Erwerb zu zahlenden Preises, nach § 818 Abs. 2 (so die überwiegende Auffassung, vgl. RGZ 97, 310 (312); v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (356 ff.); FIKENTSCHER, a.a.O., § 99 IV 1; LARENZ, a.a.O., § 70 I) besteht. Diese Frage wird für § 816 Abs. 1, eine Vorschrift, die ebenfalls einen Ausgleich für das Zurücktreten des Rechtsgüterschutzes hinter den Verkehrsschutz regelt, überwiegend bejaht (so etwa BGHZ 29, 157 (159 ff.); HAINES, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen, S. 118 ff.; LOPAU, Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht, S. 21 ff.; PALANDT/THOMAS, § 816 Anm. 5 b; grundsätzlich auch ESSER, a.a.O., § 104 II 1 b). Nach der Gegenansicht ist auch hier lediglich der objektive Wert zu ersetzen (vgl. LARENZ, a.a.O., § 69 IV a; FIKENTSCHER, a.a.O., § 99 IV 2 a; SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 816 Rdn. 2; im Ergebnis auch MEDICUS, a.a.O., § 28 IV 2 c), Rdn. 723, der allerdings die Befreiung von

weise der Leistungskondition erfaßt werden können. Es ist zu bedenken, daß die Rechtsordnung jedem das Recht auf

der Verbindlichkeit als das "Erlangte" im Sinne des § 816 Abs. 1 ansieht). Da jedoch die Aufgabe des Abstraktionsprinzips im wesentlichen im Schutz Dritter liegt (vgl. dazu auch KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 163; v. CAEMMERER, Festschrift für Boehmer, S. 145 (154)) und daher im Verhältnis zwischen den Parteien geringe Bedeutung hat (JAKOBS, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, S. 20 FuBn. 16, spricht davon, daß der sine-causa-Berechtigte im Verhältnis zum Leistenden wie ein Nichtberechtigter behandelt werden muß), sollten hier beide Fälle gleich gelöst werden. Für eine Gewinnherausgabe läßt sich in beiden Fällen der Vergleich mit § 281 anführen, der sogar unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. als "allgemeine Vorschrift" direkt auf den Bereicherungsanspruch angewendet werden kann. Gegen eine Gewinnherausgabe auch im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers spricht nicht etwa, daß der Bereicherungsanspruch in diesem Fall schwächer als ein normaler schuldrechtlicher Anspruch ausgestaltet ist (vgl. § 818 Abs. 3). Diese Schwäche wirkt sich nur bei Wegfall der Bereicherung aus. Für eine Gewinnherausgabe läßt sich andererseits gerade der Gedanke anführen, daß der Gläubiger über § 818 Abs. 3 auch Verluste tragen muß (vgl. KOPPENSTEINER, NJW 1971, 1769 (1771 f.)). Gegen die Beschränkung des Anspruchs auf den objektiven Wert spricht auch, daß dadurch für den Bereicherungsgläubiger praktisch ein Kontrahierungszwang herbeigeführt wird, der vielfach Sinn und Zweck der die Nichtigkeit eines Vertrages anordnenden Norm widerspricht. Der Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts umfaßt auch den Gewinn, der über das branchenübliche Maß (und damit den objektiven Wert) hinausgeht. Deshalb wird in der Literatur auch in den Fällen der Nutzung von Immaterialgüterrechten zunehmend eine verschuldensunabhängige Gewinnhaftung zugelassen (vgl. ESSER, a.a.O., § 104 II 1 b; JAKOBS, a.a.O., S. 72 ff. und 128 ff.; KELLMANN, Gewinnhaftung, S. 132 ff.; HAINES, a.a.O., S. 121 und 127 ff.; OSTENDORF, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, S. 87 ff.; ROTH, Festschrift für Küchenhoff, S. 371 (377 ff.); KLEINHEYER, JZ 1961, 443 (477)). Die Begründung dieser Gewinnhaftung über das Schadensersatzrecht (so gesetzlich in § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG geregelt und von der Rechtsprechung bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten und gewerblichen Schutzrechten ausschließlich zugelassen, vgl. die Nachweise unter FuBn. 326), erscheint demgegenüber bedenklich, da hier Verschulden vorausgesetzt wird, während der Rechtsgüterschutz eine Gewinnherausgabe auch ohne Verschulden des Empfängers schon bei lediglich rechtswidrigem Haben verlangt. Außerdem werden durch eine Lösung über das Schadensersatzrecht die Konturen zwischen Schadensersatzrecht und Bereicherungsrecht

freie Verwendung seiner Arbeitskraft, vor allem zu Erwerbszwecken, zuweist. Dieses Recht ist Ausfluß der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit. Insofern setzt derjenige, der eine Dienst- oder Arbeitsleistung erbringt, ein ihm zustehendes subjektives Recht ein. Dies kann ohne rechtlich erhebliche Zwecke, z.B. im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses geschehen⁹⁴. Verfolgt derjenige,

verwischt. Einer bereicherungsrechtlichen Lösung steht im Bereich des Urheberrechts auch nicht § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG entgegen, da nach § 97 Abs. 3 UrhG bereicherungsrechtliche Ansprüche unberührt bleiben. Im übrigen kann sich ein Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns auch aus §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 ergeben.

- 94 Dann liegt keine Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. vor. Daher ist hier kein rechtlicher Grund für die Zuwendung erforderlich (vgl. oben S. 37 Fußn. 70). In diesem Fall wird deutlich, daß die These, jede willentliche Zuwendung bedürfe eines rechtlichen Grundes (so etwa FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 12 I 1; LEHMANN/HÖBNER, Allgemeiner Teil, § 25 III 1 b; H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 4 II 1), bezweifelt werden muß. Dies gilt erst recht, wenn man für das Vorliegen eines rechtlichen Grundes eine rechtliche Verpflichtung oder zumindest eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung verlangt. Es ist mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar, daß die Parteien gezwungen werden, ein Kausalgeschäft zur Grundlage einer Zuwendung zu machen. Weil sich nur bei einer zweckgerichteten Zuwendung die Frage nach dem Rechtsgrund stellt, kann auf das Zweckelement im Leistungsbegriff nicht verzichtet werden (a.A. insoweit KUPISCH, a.a.O., S. 27 f.). Der Leistende muß den Zweck seiner Zuwendung auch gegenüber dem Empfänger zum Ausdruck bringen. Eine bloße einseitige Erwartung oder ein Motiv des Zuwendenden reichen für eine Leistung nicht aus. An die Zweckbestimmung dürfen jedoch im Interesse des Bereicherungsgläubigers keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn sie konkludent erfolgt. Eine genaue Bezeichnung einer causa ist nicht erforderlich. Gibt der Leistende keinen bestimmten Zweck an, kann an bestimmte typische Geschäftszwecke (vor allem die Erfüllung einer Verbindlichkeit) angeknüpft werden.- Es ändert sich auch dann im Ergebnis nichts, wenn man davon ausgeht, jede Zuwendung - auch diejenige, die aus Gefälligkeit erfolgt - enthalte eine Zweckbestimmung, da jede menschliche Handlung final gesteuert sei, und diese Zweckbestimmung sei entweder unmittelbar Inhalt der Zuwendung (so im Regelfall bei der Begründung einer

der eine Arbeit erbringt, damit einen rechtlich relevanten Zweck, d.h. vor allem, will er damit einen Dienst- oder Ar-

Forderung durch einen Verpflichtungsvertrag) oder Geschäftsgrundlage, oder sie sei im Rahmen des § 812 Abs. 1 zu beachten. Auch das Gefälligkeitsverhältnis kann dann nämlich als causa angesehen werden, da die Privatautonomie einen *numerus clausus* möglicher *causae* verbietet (vgl. oben Fußn. 72). Für das Vorliegen einer causa ist nicht eine rechtliche Verpflichtung oder eine rechtsgeschäftliche Rechtsgrundabrede (vgl. § 812 Abs. 2 2. Alt.) erforderlich. Zwar wird der Zuwendende im Regelfall zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder zumindest zum Zweck der Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Kausalverhältnisses leisten. Er kann dann bei Nichtbestehen der Verbindlichkeit oder bei Scheitern einer rechtsgeschäftlichen Einigung die Zuwendung konditionieren. Der Zuwendende kann aber mit seiner Zuwendung auch andere Zwecke verfolgen, etwa den Empfänger zu einem rechtsgeschäftlichen Verhalten veranlassen wollen oder seine Zuwendung im Fall des Eintritts bestimmter zukünftiger Ereignisse wieder zurückverlangen wollen. Auch ein dahingehender Wille des Zuwendenden kann als Zweckbestimmung im Sinne des § 812 mit der Zuwendung verbunden werden. Die tatsächliche Erreichung des verfolgten Zwecks ist dann eine causa im Sinne dieser Vorschrift. Ein Einverständnis des Empfängers mit dieser causa ist dann nicht erforderlich. Ein solches Einverständnis kann auch nicht mit der Begründung für das Vorliegen einer causa verlangt werden, dem Empfänger dürfe eine Zuwendung nicht aufgedrängt werden. Das Bestehen einer nicht vom Einverständnis des Empfängers gedeckten causa hat lediglich zur Folge, daß dem Leistenden kein Rückabwicklungsanspruch zusteht, nicht jedoch, daß sich der Empfänger nicht gegen die ihn möglicherweise beeinträchtigende Zuwendung (etwa mit Hilfe eines Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1) mit Erfolg zur Wehr setzen kann. Auch nach §§ 814, 815, 817 S. 2 ist im übrigen ein Bereicherungsanspruch trotz fehlender oder unwirksamer Einigung über eine causa ausgeschlossen.

Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen können die Begriffe "causa" und "rechtlicher Grund" folgendermaßen definiert werden: Eine causa ist dann gegeben, wenn der mit einer Zuwendung verfolgte Zweck entweder erreicht worden ist oder noch erreicht werden kann. Ein rechtlicher Grund liegt dann vor, wenn der mit der Zuwendung verfolgte Zweck keinen Einfluß auf den Bestand der Zuwendung haben kann. Der Begriff "causa" ist also weiter als der des "rechtlichen Grundes" und umfaßt letzteren. Es ist im einzelnen fraglich, welche der genannten *causae* als rechtlicher Grund im Sinne des § 812 Abs. 1 anzusehen sind und welche § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. (*causa*

beitsvertrag erfüllen, so sind im Fall der Nichterreichung dieses Zwecks (bei Fehlschlagen des Vertrages) die Voraus-

data causa non secuta) zuzuordnen sind. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen vor allem zwischen dem Wegfall des rechtlichen Grundes (§ 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt.) und der Nichterreichung des bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt.). Diese Abgrenzungsschwierigkeiten spielen jedoch deshalb keine große Rolle, weil sie für die Rechtsfolge (Rückgewähr) unerheblich sind.

Ein rechtserheblicher Wille des Zuwendenden und das Zweckelement sind auch im Rahmen der Erfüllung nicht verzichtbar (so etwa WIELING, JuS 1978, 801 f.; a.A. die Lehre von der sog. realen Leistungsbewirkung, vgl. etwa LARENZ, Schuldrecht AT, § 18 I 4; PALANDT/HEINRICHS, § 366 Anm.1). Durch eine automatische Zuordnung einer Zuwendung zu einer Verbindlichkeit würde der Wille des Zuwendenden, der als Zweck der Zuwendung weder ausdrücklich noch konkludent die Erfüllung der Verbindlichkeit angegeben hat noch hat angeben wollen, nicht hinreichend beachtet. Jedoch braucht der Leistungszweck auch für den Eintritt der Erfüllung nicht spezifiziert zu werden. Es reicht vielmehr aus, wenn der Leistende einen generellen Erfüllungswillen äußert. Auf eine bestimmte Verbindlichkeit braucht nicht hingewiesen zu werden. Bei Bestehen mehrerer Verbindlichkeiten kann vielmehr § 366 Abs. 2 eingreifen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß sich der Leistungsbegriff im Sinne des § 812 nicht wesentlich von demjenigen im Sinne des § 241 unterscheidet. Hat der Zuwendende keine oder eine seinem Willen nicht entsprechende Zweckbestimmung getroffen, so kann er sie lediglich im Fall von Willensmängeln analog §§ 119 ff. nachholen bzw. abändern, da eine nachträgliche Leistungsbestimmung in ihren Wirkungen einer Teilanfechtung gleichkommt und der Empfänger im übrigen ähnlich schutzwürdig wie der Adressat einer Willenserklärung ist. Auch eine nachträgliche Fremdbestimmung einer zunächst auf eine vermeintlich eigene Verbindlichkeit erbrachte Leistung mit dem Ziel, die Verbindlichkeit des wirklichen Schuldners gemäß § 267 zu erfüllen, ist nur unter diesen Voraussetzungen möglich. Bei der Frage, ob darüber hinaus in diesen Fällen eine nachträgliche Fremdbestimmung möglich ist, handelt es sich in Wirklichkeit um das Problem, ob es § 267 dem Dritten auch gestattet, mit einem eigenen (hier bereicherungsrechtlichen) Anspruch gegen den Gläubiger gegenüber dem Anspruch des Gläubigers gegen den wirklichen Schuldner aufzurechnen.

setzungen einer Leistungskondition im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. gegeben⁹⁵.

Weiter stellt sich das Problem, ob nach der hier vorgeschlagenen Konzeption des Rechtsgüterschutzes mit Hilfe der Leistungskondition auch die Aufhebung eines Vertrages, der zum Zweck der Erfüllung eines fehlgeschlagenen Vorvertrages geschlossen worden ist, oder die Rückforderung eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses nach §§ 780, 781 (vgl. § 812 Abs. 2) verlangt werden kann. Aber auch in diesen Fällen erlangt der Vertragspartner das "Etwas" (die Forderung) mittels eines - ebenfalls letztlich auf Art. 2 Abs. 1 GG beruhenden - subjektiven Rechts des Leistenden, nämlich der Freiheit, im Rahmen der Privatautonomie durch Vertrag Forderungsrechte zu begründen^{96,97}.

-
- 95 Hat der Schuldner eine Dienst- oder Arbeitsleistung erschlichen, erscheint eine Abgrenzung zwischen Leistungskondition und Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise schwierig (vgl. den Flugreise-Fall in BGHZ 55, 128ff. gegen eine Leistungskondition hier etwa KELLMANN, NJW 1971, 862 (863); BATSCH, NJW 1972, 611 (613 FuBn. 13)). Die Abgrenzung hängt hier davon ab, ob man in diesen Fällen noch von einer Zuwendung sprechen kann, die vom rechtserheblichen Willen des Gläubigers getragen ist. Eine genaue Bestimmung der Kondiktionsart erscheint aber auch nicht erforderlich, wenn feststeht, daß entweder die eine oder die andere Kondiktionsart gegeben ist.
- 96 Auch in der Begründung einer Forderung durch ein Verpflichtungsgeschäft liegt eine Zuwendung, die den Rechtskreis des Schuldners belastet (vgl. FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 12 I 1). Weil die Neubegründung eines Forderungsrechts durch Vertrag allgemein einen Erwerbsvorgang auf Kosten des Zuwendenden darstellt, kann der Versprechensempfänger im Fall eines wirksamen berechtigenden Vertrages zugunsten eines Dritten bei Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses von dem Dritten die Abtretung oder den Verzicht auf die erlangte Forderung verlangen.
- 97 Im Normalfall kommt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines Verpflichtungsvertrages nicht in Betracht, weil dieser die causa in sich trägt (vgl. LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 I a; ähnlich FLUME, a.a.O., § 12 I 1). Es handelt sich um ein kausales Geschäft, da hier Zuwendung und causa unmittelbar verbunden sind. Wenn ein Verpflichtungsvertrag aber zur Erfüllung eines

C. Die Behandlung der Mehrpersonenverhältnisse

Einen besonders schwierigen Test für den hier erörterten Lösungsansatz stellen die Mehrpersonenverhältnisse dar. Hier

Vorvertrages geschlossen wird, bedarf er aber ausnahmsweise einer weiteren, außerhalb von ihm liegenden causa. Dies gilt allerdings nur, soweit man nicht Vor- und Hauptvertrag als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 ansehen kann. Aus dem Vorstehenden läßt sich entnehmen, daß auch der Verpflichtungsvertrag in dem Sinne abstrakt ist, daß er in seinem Bestand unabhängig von der Erreichung von außerhalb von ihm selbst liegenden Zwecken ist. An dem genannten Beispiel wird ebenfalls deutlich, daß man auf einen zweckbetonten Leistungsbegriff nicht verzichten kann, da sonst keine Kriterien dafür vorhanden sind, wann ein Verpflichtungsvertrag kondiziert werden kann und wann nicht. Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wegen Fehlens der causa kommt allerdings nicht in Betracht, soweit das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorgeht. Ein solcher Vorrang wird teilweise angenommen, wenn ein Vertrag zwar nicht zum Zweck der Erfüllung einer auf seinen Abschluß gerichteten Verpflichtung, sondern zur Erreichung anderer, über den Vertrag hinausgehender Zwecke geschlossen wird (vgl. BGH WPM 1972, 889 (890); NJW 1975, 776). Die rechtsdogmatische Abgrenzung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242) von § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. hängt davon ab, inwieweit man eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung annehmen kann, die § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. voraussetzt (vgl. unten Fußn. 482). Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt (mit der Eröffnung der Rücktrittsmöglichkeit) allerdings nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen als das Bereicherungsrecht, da kaum Unterschiede in der Risikoverteilung zwischen beiden Rückabwicklungsarten bestehen (vgl. unten S. 169 ff., 186 ff.). Ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 dient regelmäßig einem über es hinausgehenden Zweck und ist insoweit abstrakt. Im Normalfall wird es als Leistung erfüllungshalber (vgl. § 364 Abs. 2) zur Verstärkung einer als bestehend angenommenen Verpflichtung erteilt und kann daher im Fall des Nichtbestehens dieser Verpflichtung nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., Abs. 2 kondiziert werden. Das Schuldanerkenntnis hat hier die Funktion der Beweislast-

kommt, wenn man in jedem Fall verlangt, daß das Erlangte aus einem dem Gläubiger zugeordneten subjektiven Recht stam-

umkehr. Nicht der Gläubiger hat die Wirksamkeit der zu bestärkenden Verpflichtung, sondern der Schuldner deren Nichtbestehen zu beweisen, das nur im Rahmen einer Einrede gemäß § 821 zu berücksichtigen ist. Demgegenüber spielt hier die anderen Fällen wesentliche Verkehrsschutzfunktion des Abstraktionsprinzips wegen § 404 keine Rolle (anders bei der abstrakten Wechselverbindlichkeit wegen Art. 17 WG). Ähnliches wie für das oben erörterte Schuldanerkenntnis gilt für das negative Schuldanerkenntnis im Sinne des § 397 Abs. 2, wenn es vom "Gläubiger" zu dem Zweck abgegeben wird, das Nichtbestehen einer von ihm ohnehin als nicht existent angesehenen Forderung festzustellen. Trifft diese Annahme nicht zu, kann es ebenfalls nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. kondiziert werden.

Auch dann, wenn ein Schuldanerkenntnis ohne Rücksicht darauf abgegeben wird, ob eine Verpflichtung bereits besteht oder ob ihr Einreden entgegenstehen, handelt es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781. Ist die in Bezug genommene Verpflichtung wirksam, wird sie durch das Schuldanerkenntnis ersetzt. Besteht sie nicht, ist dennoch keine Kondiktionsmöglichkeit gegeben, weil das Anerkenntnis hier dem Zweck dient, die Sach- und Rechtslage endgültig festzulegen, und dieser Zweck mit der Abgabe des Anerkenntnisses erreicht worden ist. Damit ist die erforderliche causa vorhanden. Das zuletzt genannte Schuldanerkenntnis stellt nicht etwa ein von dem in § 781 geregelten zu unterscheidendes "kausales Schuldanerkenntnis" dar (so aber eine verbreitete Meinung, vgl. etwa MEDICUS, a.a.O., § 31 IV, Rdn. 772 ff.). Es ist zunächst nicht in dem Sinne "kausal", daß dadurch Einwendungen oder Einreden gegen eine ganz bestimmte Verbindlichkeit (etwa aus § 823) abgeschnitten werden sollen, die "ursprüngliche" Verbindlichkeit also nur modifiziert werden soll. Die Privatautonomie reicht nicht so weit, daß die Parteien etwa einen wegen überwiegenden Mitverschuldens (§ 254) nicht bestehenden Anspruch aus § 823 Abs. 1 durch eine feststellende Vereinbarung nachträglich begründen können. Das zuletzt genannte Schuldanerkenntnis ist auch nicht in dem Sinne "kausal", der dargestellte Zweck einer endgültigen Klärung der Sach- und Rechtslage werde mit der Abgabe des Anerkenntnisses selbst erreicht, das Anerkenntnis trage daher die causa in sich selbst. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber das

men muß, immer nur ein Durchgriff des Berechtigten in Betracht. Es erscheint allerdings fraglich, ob dieses Ergebnis in allen Fällen mit den Wertungen des BGB zu vereinbaren ist.

I. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehrpersonenverhältnissen unter Mitwirkung des Berechtigten

Zunächst stellt sich dieses Problem in den Fällen, in denen der Berechtigte selbst die Zuwendung an den Drittempfänger (mit Rücksicht auf ein Kausalverhältnis mit einem anderen) vornimmt (in den sog. Dreiecksverhältnissen). Hier erscheint

Schuldanerkenntnis durch §§ 781, 812 Abs. 2 abstrakt ausgestaltet hat. Die Frage der Rechtsnatur des zuletzt genannten Schuldanerkenntnisses hat allerdings im wesentlichen lediglich für das Problem Bedeutung, ob es der Schriftform bedarf. Das dem Übereilungsschutz dienende Schriftformerfordernis muß aber in jedem Fall auch für das zuletzt genannte Schuldanerkenntnis gelten, da es noch weitreichendere Folgen als das beweisiastumkehrende Anerkenntnis hat. Darüber hinaus kann dem Sinn und Zweck der §§ 780, 781 entnommen werden, daß grundsätzlich jedes einseitige Leistungsversprechen, in dem nicht lediglich die Abänderung eines als wirksam vorausgesetzten gegenseitigen Vertrages liegt, der Schriftform bedarf. In den meisten Fällen werden allerdings die mit einem Verpflichtungsvertrag erstrebten Zwecke nicht mittels einer Leistungszweckbestimmung im Sinne des § 812 zum Ausdruck gebracht, sondern sie sind (als Bedingung oder als synallagmatische Verflechtung im Sinne der §§ 320 ff.) unmittelbar Inhalt des Vertrages oder als Geschäftsgrundlage zu berücksichtigen. Diese Zwecke brauchen dann vom Leistenden bei der Erfüllung nicht noch einmal angegeben zu werden. Ein Hinweis auf diesen Vertrag reicht dann aus. Ein mit einer Zuwendung verfolgter Zweck muß aber immer vereinbart oder zumindest einseitig mittels einer vom Empfängerhorizont her auszulegenden Leistungsbestimmung im Sinne des § 812 festgelegt werden, damit er rechtliche Relevanz erlangt.

es von der Interessenlage her zweifelhaft, ob (bei fehlgeschlagenem Deckungsverhältnis und beim sog. Doppelmangel) in jedem Fall ein Durchgriff des Berechtigten nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. zugelassen werden kann. Andernfalls würden etwa Anweisungsfälle, in denen ein Direkterwerb des Empfängers stattfindet, anders behandelt als solche, in denen ein Durchgangserwerb erfolgt. Eine Gleichstellung beider Fälle mit der Folge einer Bereicherungskette beim Doppelmangel könnte nicht erreicht werden.

1. Weite Fassung der geschützten Rechtspositionen

Man könnte einen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch desjenigen, der kein eigenes subjektives Recht eingesetzt hat, in Dreiecksverhältnissen damit begründen, daß man unter dem Begriff "auf Kosten" auch Positionen erfaßt, die nicht als subjektive Rechte angesehen werden können. Man könnte u.U. eine Leistung schon dann als auf Kosten des Bereicherungsgläubigers erfolgt ansehen, wenn der Berechtigte auf seine Weisung oder Veranlassung dem Empfänger etwas zuwendet⁹⁸. Es könnte z. B. der Angewiesene,

Niemals kann ein Verpflichtungsvertrag mittels eines Anspruchs wegen Bereicherung in sonstiger Weise (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.) kondiziert werden. Fehlt beim Vertragsschluß ein rechtserheblicher Wille, so kommt der Vertrag entweder nicht zustande (etwa bei Fehlen des Handlungswillens), oder er kann unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. angefochten werden.

98 Die ältere Rechtsprechung (vgl. etwa BGH JZ 1962, 404 (405); ebenso ENNECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, § 221 III 1 b; LARENZ, Schuldrecht BT, 9. Aufl., § 62 II b) nahm in Anweisungsfällen und anderen Dreiecksverhältnissen eine "unmittelbare Vermögensverschiebung durch mittelbare Zuwendung" im jeweiligen Kausalverhältnis an und ließ diese für einen Bereicherungsanspruch des Angewiesenen gegen den Anweisenden bzw. des Anweisenden gegen den Empfänger ausreichen. Wenn lediglich das Deckungsverhältnis fehlgeschlagen ist, wurde die Erfüllung des Valutaverhältnisses als das "Etwas" im Sinne des

indem er der Disposition des Anweisenden über sein subjektives Recht nachkommt, dieses subjektive Recht so dem Vermögen des Anweisenden inkorporieren, daß dieser eine Rechtsposition erlangt, die ihn - bei fehlgeschlagenem Valutaverhältnis - zu einer Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. berechtigt⁹⁹. Es könnte sich um einen Erwerb des Anweisenden in der "abstraktesten Form" handeln¹⁰⁰. Dieser Erwerb könnte auch ein "Etwas" im Sinne des § 812 darstellen, so daß sich auch bei Fehlschlagen des Deckungsverhältnisses ein bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch begründen ließe.

§ 812 angesehen (vgl. ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., und LARENZ, a.a.O.). Dagegen läßt sich jedoch anführen, daß sich darauf nicht der Leistungszweck im Deckungsverhältnis richtet (vgl. oben Fußn. 33). Bei fehlgeschlagenem Valutaverhältnis wurde der Vermögensverlust des Leistenden in dem Verlust des Forderungsrechts im Deckungsverhältnis gesehen. Im Fall des Doppelmangels ließ man allerdings teilweise einen Durchgriff zu (so LARENZ, a.a.O., S. 376 Fußn. 1; ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., S. 881 Fußn. 12; ebenso BGHZ 36, 30 (32) in einem obiter dictum).

99 So WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 115, 118, 122. Er geht in Anweisungsfällen grundsätzlich von einer zurechenbaren Vermögensentscheidung des Angewiesenen aus, den Leistungsgegenstand dem Anweisenden für seine Zwecke zur Verfügung zu stellen. Er ist der Auffassung, diese Vermögensentscheidung reiche aus, um die Leistung als aus dem Vermögen des Anweisenden erfolgt anzusehen. Der Anweisende brauche den Leistungsgegenstand nicht wie einen "Granit im Fels" als Bestandteil seines Vermögens erlangt zu haben. Eine zurechenbare Vermögensentscheidung fehle jedoch in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit eines der Partner oder der arglistigen Täuschung (vgl. im einzelnen die Ausführungen Wilhelms a.a.O., S. 109 ff., und JuS 1973, 1 ff.; eine ähnliche Auffassung vertrat auch schon v. JHERING, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 2, S. 135 ff.). Als Argument für eine derartige Betrachtungsweise könnte man anführen, daß die zweite Kommission die Formulierung in § 784 Abs. 1 des 1. Entwurfs zum BGB, der ausdrücklich eine Bereicherung aus dem Vermögen des Gläubigers verlangte, in die Formulierung "auf dessen Kosten" änderte (vgl. PROTOKOLLE, Bd. 2, S. 685).

100 Vgl. WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 117; v. JHERING spricht von "rein idealen Vorgängen" (a.a.O., S. 135, 138).

Eine derartige Betrachtungsweise stößt jedoch deshalb auf Bedenken, weil danach Rechtspositionen geschützt werden, die im Bürgerlichen Recht sonst an keiner Stelle als schützenswert, geschweige denn als subjektives Recht anerkannt sind. Eine Unterscheidung von sachenrechtlicher und bereicherungsrechtlicher Zuordnung würde einen Verlust an systematischer Geschlossenheit bedeuten. Es erscheint im übrigen recht gezwungen und gekünstelt, in der bloßen Befolgung einer Disposition des Anweisenden eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden zu sehen.

Außerdem kann dieser Lösungsansatz auch nicht plausibel begründen, warum ein Durchgriff des Berechtigten ausgeschlossen sein soll. Auf unscharfe Begriffe wie den der "Unmittelbarkeit des Bereicherungsvorgangs" läßt sich insoweit nicht zurückgreifen.

2. Dreiecksverhältnisse als Analogieproblem

Man könnte deshalb grundsätzlich die durch das Bereicherungsrecht geschützten Rechtspositionen auf die genannten subjektiven Rechte beschränken, die Probleme der Rückabwicklung in den Dreiecksverhältnissen aber mit Hilfe einer Analogie lösen¹⁰¹. In bestimmten Fällen könnte ein Erwerb des Empfängers

¹⁰¹ So KUPISCH, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, passim, vor allem S. 19 ff. Dafür, daß diese Lösungsmöglichkeit bisher nicht erörtert worden ist, macht er eine typisch gesetzessystematische Sicht verantwortlich, die z.B. v. JHERING und WILHELM danach fragen läßt, was der Anweisende erlangt hat, nicht jedoch, ob er von den Rechtsfolgen der §§ 812 ff. her so behandelt werden kann, als habe er etwas erlangt (vgl. dazu a.a.O., S. 45 ff.).

unter Einsatz subjektiver Rechte eines anderen (z.B. des Angewiesenen) so behandelt werden, als ob ein Durchgangserwerb (z.B. des Anweisenden) stattgefunden hätte. Diese Betrachtungsweise unterscheidet sich von der unter 1. erörterten dadurch, daß nicht unterstellt wird, der Anweisende habe etwas erlangt, sondern daß die Parteien lediglich hinsichtlich der Rechtsfolgen so behandelt werden, als ob ein Durchgangserwerb des Anweisenden stattgefunden und der Anweisende daher für seine Leistung eigene subjektive Rechte verwendet hätte¹⁰².

Eine Analogie kann allerdings lediglich einen Bereicherungsanspruch im Valutaverhältnis begründen, indem der Erwerb des Empfängers als "auf Kosten" des Leistenden erfolgt behandelt wird. Sie kann aber nicht einen Durchgriff des Berechtigten ausschließen. Ein solcher Durchgriff könnte aber mittels einer sog. teleologischen Reduktion¹⁰³ des grundsätzlich dem Inhaber des subjektiven Rechts gegen den Empfänger zustehenden Bereicherungsanspruchs ausgeschlossen werden. Diese teleologische Reduktion könnte dazu führen, daß die Parteien so behandelt werden, als habe nicht der Empfänger, sondern lediglich die Zwischenperson (etwa der Anweisende) etwas unter Verwendung des subjektiven Rechts erlangt. Damit könnte der Verkehrsschutz, der durch das Abstraktionsprinzip bewirkt wird, auch auf die Dreiecksverhältnisse ausgedehnt werden.

Für eine Analogie und eine teleologische Reduktion ist zunächst jeweils eine Lücke im Gesetz erforderlich. Die Analogie schließt eine sog. offene Regelungslücke im Gesetz.

102 Vgl. KUPISCH, a.a.O., S. 23.

103 Vgl. dazu grundsätzlich LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 377 ff. Die teleologische Reduktion führt unter ähnlichen Voraussetzungen zur Einschränkung einer Norm, die bei der Analogie zur entsprechenden Anwendbarkeit einer Norm führen.

Diese Lücke ergibt sich hier daraus, daß das Gesetz den Bereicherungsausgleich in den Dreiecksverhältnissen nicht hinreichend regelt¹⁰⁴. Es beantwortet nicht die Frage, ob die Zwischenperson (etwa der Anweisende) in bestimmten Fällen so behandelt werden muß, als sei der Erwerb des Empfängers unter Einsatz eines der Zwischenperson zugewiesenen Rechts erfolgt. Für die teleologische Reduktion ist eine sog. verdeckte Lücke erforderlich¹⁰⁵, d.h. daß die gesetzliche Regelung weitergehend sein muß, als es Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht. Auch diese Lücke ergibt sich daraus, daß die §§ 812 ff. in erster Linie das Zweipersonenverhältnis im Auge haben. Sie beantworten nicht die Frage, ob in Dreiecksverhältnissen ein sich aus § 812 ergebender Durchgriff des Berechtigten eingeschränkt werden muß. Somit sind die Lücken hier identisch. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß für die Analogie auf die Position der Zwischenperson, für die teleologische Reduktion auf die Position des Inhabers des betroffenen subjektiven Rechts abgestellt wird.

Die bestehende Gesetzeslücke kann aber nicht dadurch ausgefüllt werden, daß die Parteien schon dann so behandelt werden, als habe die Zwischenperson etwas erlangt und infolgedessen für ihre Leistung im Valutaverhältnis ein eigenes subjektives Recht verwendet, wenn der Berechtigte im Deckungsverhältnis eine Leistung im Sinne einer einseitigen Zweckbestimmung vorgenommen hat. Die Zwischenperson kann nicht einem Bereicherungsanspruch wegen eines in Wirklichkeit nicht erfolgten Erwerbs ausgesetzt werden, ohne daß sie zu-rechenbar an der Zuwendung an den Dritten beteiligt war. Ei-

104 Der historische Gesetzgeber hat die in den Mehrpersonenverhältnissen bestehenden bereicherungsrechtlichen Probleme nur unzureichend gesehen (vgl. KUPISCH, a.a.O., S. 30 f.).

105 Vgl. dazu CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, vor allem S. 136 f.; ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 174 ff.

ne bloße Zweckbestimmung im Deckungsverhältnis kann auch nicht einen Durchgriff des Rechtsinhabers gegen den Empfänger ausschließen, wenn auf seiner Seite Zurechnungsmängel vorhanden sind. Aus ähnlichen Gründen kann auch eine Zweckbestimmung im Valutaverhältnis eine Analogie oder teleologische Reduktion nicht begründen¹⁰⁶. Ebenso sind (fehlerhafte) Kausalverhältnisse zwischen den Parteien allein kein hinreichender Grund für eine Gleichstellung des Direkterwerbs mit einem Durchgangserwerb, die einen Ausschluß des Durchgriffs zur Folge haben könnte¹⁰⁷.

Bei der Beantwortung der Frage, wann eine Analogie und eine teleologische Reduktion geboten sind, ist vielmehr von folgender Überlegung auszugehen: Dafür, daß die Parteien in Dreiecksverhältnissen oft nicht eine doppelte Zuwendung, sondern eine einzige direkte Zuwendung an den Empfänger vornehmen, sind oft Gründe der Vereinfachung und Kostenersparnis (Transport-, Beurkundungskosten usw.) oder andere Gründe der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit maßgebend (so etwa beim bargeldlosen Zahlungsverkehr). Hier ist von den Parteien regelmäßig dasselbe Ergebnis gewollt, wie wenn ein doppelter Erwerbstatbestand gegeben wäre. In diesen Fällen können die Parteien grundsätzlich auch bei der Rückabwicklung, an die sie im Regelfall verständlicherweise zunächst nicht denken, diesem Willen entsprechend behandelt

106 Vgl. weiter die oben (S. 13 ff.) genannten Argumente.

107 Im übrigen kann auf die obige Darstellung (S. 29 ff.) verwiesen werden.

werden¹⁰⁸. Würde man hier - bei fehlgeschlagenem Deckungsverhältnis - einen Durchgriff zulassen, würde man die Parteien, allein um die Rechtsposition der Zwischenperson bei einer eventuellen Rückabwicklung zu stärken, zwingen, eine doppelte Zuwendung vorzunehmen. Dies würde aber der Interessenlage der Parteien und dem Sinn und Zweck der vom Gesetz zugelassenen direkten Zuwendung an den Empfänger widersprechen¹⁰⁹.

Voraussetzung der Gleichstellung von direkter Zuwendung und Durchgangserwerb ist aber weiter, daß den Parteien ihre Beteiligung an dem Zuwendungsakt hinreichend zurechenbar war. Eine Analogie und eine teleologische Reduktion scheiden aus, wenn die Parteien (etwa mangels Geschäftsfähigkeit der Zwischenperson) eine doppelte Zuwendung nicht hätten vornehmen können bzw. wenn eine doppelte Zuwendung sonst fehlerbehaftet gewesen wäre (etwa wegen arglistiger Täuschung oder wi-

108 Diese Fälle sind im Zuge der volkswirtschaftlichen Entwicklung immer zahlreicher geworden. Vgl. dazu und allgemein zur geschichtlichen Entwicklung des Bereicherungsrechts JOERGES, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, S. 7 ff. Aus seinen Ausführungen wird deutlich, daß den volkswirtschaftlichen Bedingungen zur Zeit v. SAVIGNYS, die er als "Eigentumsmarktgesellschaft" bezeichnet, ein lediglich dem Schutz des subjektiven Rechts dienender Bereicherungsanspruch (ohne die Möglichkeit der Analogie) angemessener war als der heutigen "mixed economy", in der die Austauschbeziehungen komplexer sind und die Dispositionsmöglichkeiten über subjektive Rechte oft nicht mehr auf der Rechtsinhaberschaft beruhen. Diese Entwicklung wird als "Dissoziierung von Haben und Können" beschrieben (vgl. LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 73 ff.).

109 Wenn KUPISCH (a.a.O., S. 68 ff.) die Analogie von den verschiedenen Formen der fehlgeschlagenen Dreiecksverhältnisse (Anweisungsfälle, Vertrag zugunsten Dritter, Zession usw.) abhängig macht, so trägt er dabei dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, daß die Parteien die beschriebene Vereinfachung in den verschiedensten Formen erreichen können. Im Fall des fehlgeschlagenen Vertrages zugunsten eines Dritten wird man eine Analogie dann für geboten erachten müssen, wenn dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht lediglich zugewendet werden sollte, um seine Stellung bei der abgekürzten Lieferung zu stärken. Einen Durchgriff wird man jedoch zulassen müssen, wenn der Versprechensempfänger ähnlich einem Vertreter für den Dritten hat handeln wollen. - Sämtliche Fallgestaltungen können im Rahmen dieser Arbeit verständlicherweise nicht beurteilt werden.

derrechtlicher Drohung)¹¹⁰.

War aber die Verwendung eines fremden subjektiven Rechts durch den Leistenden im Valutaverhältnis diesem und dem Rechtsinhaber hinreichend zurechenbar, sind die Voraussetzungen einer Analogie zugunsten des Leistenden im Valutaverhältnis und einer teleologischen Reduktion zu Lasten des Rechtsinhabers gegeben¹¹¹. Diese Voraussetzungen liegen nicht nur in Fällen der Direktübertragung von Sachen und Rechten und des bargeldlosen Zahlungsverkehrs vor, sondern auch in vielen Fällen nicht gegenständlicher Leistungen (etwa Dienst- und Arbeitsleistungen). Hier kann der Arbeiter oder Angestellte, der im Auftrag seines Geschäftsherrn Arbeiten für einen Dritten erledigt, bei Fehlschlägen der Kausalverhältnisse nicht

110 Eine Gleichstellung muß daher auch in dem Fall ausscheiden, in dem der Rechtsinhaber - infolge Täuschung - meint, eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen (vgl. oben Fußn. 32). Hier muß ihm dann, wenn man für die Frage, wer Leistender ist, auf den Empfängerhorizont abstellt, eine nachträgliche Leistungsbestimmung, die einer Teilanfechtung gleichkommt, gestattet sein. Eine hinreichende Zurechenbarkeit ist weiter bei gefälschter oder widerrufener Anweisung fraglich. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Postanweisungsfall (RGZ 60, 24 ff.), in dem der Anweisende lediglich eine nicht vorhandene Deckung vorspiegelt, erscheint demgegenüber eine Analogie trotz des Zurechnungsmangels der arglistigen Täuschung möglich. Wäre in diesem Fall eine Barauszahlung an den Anweisenden vorgenommen worden und hätte dieser das Geld an den Empfänger weitergeleitet, hätte die Post zwar diese Auszahlung nach § 123 anfechten können. Der Empfänger hätte aber trotzdem Eigentum an dem Bargeld erhalten (vgl. §§ 932, 935 Abs. 2). Ein Durchgriff der Post gegen den Empfänger scheidet daher aus (ebenso im Ergebnis MEDICUS, a.a.O., § 27 II 2 e, Rdn. 678; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 49 f.).

111 Soweit zumindest diese Voraussetzungen gegeben sind, erweist es sich als bereicherungsrechtlich unerheblich, ob etwa bei der sog. abgekürzten Lieferung sachenrechtlich ein Durchgangserwerb stattfindet oder nicht (vgl. dazu schon oben S. 3; bejahend etwa v.CAEMMERER, JZ 1963, 586 (587); H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 39 III 3; BAUR, Sachenrecht, § 51 III 3; vgl. auch BGHZ 36, 56 (60 f.)).

gegen den Dritten vorgehen, sondern sich nur an seinen Geschäftsherrn halten¹¹². Der Dritte wird so behandelt, als ob der Geschäftsherr selbst die Arbeit erbracht hätte¹¹³.

112 Das gilt ohnehin, soweit die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses eingreifen (vgl. dazu BEUTHIEN, RdA 1969, 161 ff.).

Analogie und teleologische Reduktion werden im Regelfall auch geboten sein, wenn sich der Erwerb des Empfängers durch eine Verfügung eines Nichtberechtigten vollzieht, in die der Berechtigte eingewilligt oder die er genehmigt hat (vgl. § 185).

Ein Durchgriff desjenigen, aus dessen subjektivem Recht das Erlangte stammt, scheidet wohl ebenfalls aus, wenn dieser als Dritter eine Leistung nach § 267 zur Erfüllung einer (nicht bestehenden) Verpflichtung eines anderen erbringt (insoweit anders KUPISCH, a.a.O., S. 88). Im Fall der Wirksamkeit der Verpflichtung läßt es hier das Gesetz zu, daß ein Dritter an Stelle des Schuldners ohne dessen Mitwirkung die Verpflichtung erfüllt. Der Dritte kann dem Schuldner die Erfüllung unter Einsatz eigener subjektiver Rechte gewissermaßen aufdrängen (abgesehen vom Fall des § 267 Abs. 2). Im Interesse des Rechtsverkehrs treten dann die Rechtsfolgen ein, die grundsätzlich nur dadurch herbeigeführt werden, daß der Schuldner eigene subjektive Rechte zum Zweck der Erfüllung einsetzt. Auch im Fall der Unwirksamkeit der Verpflichtung muß Sinn und Zweck des § 267 beachtet werden. Der Empfänger muß seine Gegenrechte (Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht) so geltend machen können, als ob der "Schuldner" selbst eine zweckgerichtete Zuwendung aus eigenem subjektivem Recht vorgenommen hätte. Der Empfänger darf auch hier keine Nachteile durch die Personenverschiedenheit von Schuldner und Drittem erleiden. Zu den Folgen, die sich ergeben, wenn man einen Durchgriff des Dritten zuläßt, vgl. WIELING, JuS 1978, 801 (803 ff.), der allerdings ausschließlich mit dem Leistungsbegriff argumentiert. - Dem Dritten steht im Regelfall aber ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs.1 S. 1 2. Alt. gegen den "Schuldner" auf Abtretung des diesem zustehenden Bereicherungsanspruchs zu, soweit der Dritte dem "Schuldner" lediglich die Erfüllung der vermeintlichen Verbindlichkeit zuwenden wollte. Soweit dem Dritten allerdings daran gelegen war, unabhängig von dem Bestehen der Verbindlichkeit mit der Zuwendung eine dauernde Vermögensvermehrung auf seinen des "Schuldners" herbeizuführen, steht ihm u.U. überhaupt kein Bereicherungsanspruch zu.

113 KUPISCH behandelt in seiner Untersuchung im wesentlichen nur Fälle von Sachleistungen und Zahlungen. Es bleibt damit die Aufgabe, seine Konzeption in den Gesamtzusammenhang des Schutzes des subjektiven Rechts zu stellen.

Sind die Voraussetzungen der Analogie gegeben, hat der Leistende, sofern das Valutaverhältnis fehlgeschlagen ist¹¹⁴, einen Anspruch gegen den Empfänger auf Rückgewähr an sich selbst. Bei Fehlschlagen lediglich des Deckungsverhältnisses steht dem Rechtsinhaber infolge der teleologischen Reduktion nur ein Anspruch aus Leistungskondiktion gegen die Zwischenperson, d.h. seinen Partner im Deckungsverhältnis, zu.¹¹⁵ Dieser Anspruch kann auf Wertersatz oder Herausgabe eines höheren im Valutaverhältnis erzielten Gewinns gerichtet sein. Bei Fehlschlagen beider Verhältnisse (dem sog. Doppelmangel) besteht die Möglichkeit einer Doppelkondiktion.^{116,117}

114 Dies ist z.B. bei einer wirksamen Banküberweisung zum Zweck der Erfüllung einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuld des Anweisenden der Fall. Hier kommt es für die Entstehung einer Verbindlichkeit im Deckungsverhältnis allerdings nicht nur auf die Wirksamkeit des Girovertrages, sondern auch darauf an, ob eine wirksame Anweisung des Kunden vorliegt. Auf nähere Einzelheiten kann hier aber nicht eingegangen werden (vgl. hierzu GROSSKOMM.-HGB/CANARIS, Anh. nach § 357, Anm. 150 ff.; MÜSCHEL, JuS 1972, 297 ff.; CANARIS, BB 1972, 774 ff.). Besteht eine wirksame causa im Deckungsverhältnis, ist eine Analogie oft deshalb nicht erforderlich, weil hier wegen §§ 362 Abs. 2, 185 auch das Forderungsrecht für eine Aktivlegitimation des Leistenden für einen Bereicherungsanspruch (gemäß § 816 Abs. 2) ausreichend ist (vgl. oben S. 42 f.).

115 Bei Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses kommt allerdings ein Durchgriff nach § 822 analog in Betracht.

116 Vgl. auch unten S. 205 f. Soweit die Voraussetzungen einer Analogie und teleologischen Reduktion grundsätzlich vorliegen, könnte man in Fällen des Doppelmangels allenfalls dann einen Durchgriff aus praktischen Gründen zulassen, wenn die beteiligten Parteien weder eine Gegenleistung erbracht haben noch sonst ein schutzwertes Interesse an einer Abwicklung lediglich in den fehlerhaften Kausalverhältnissen haben (vgl. ENNECCERUS/LEHMANN, § 221 III 1 b FuBn. 12). Dies müßte dann aber konsequenterweise auch in den Fällen des Durchgriffes und der rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten gelten, indem man unter denselben Voraussetzungen etwa §§ 822, 816 Abs. 1 S. 2, 988 entsprechend anwendet. Dann würden das Abstraktionsprinzip und die Gutglaubensvorschriften insoweit bei der Rückabwicklung nicht in vollem Umfang ihre Wirkung entfalten. Gegen einen solchen Durchgriff aus praktischen Gründen läßt sich aber in allen genannten Fällen anführen, daß

Es kann somit festgestellt werden, daß wegen der Möglichkeit der Analogie und der teleologischen Reduktion auch die Probleme der Dreiecksverhältnisse gelöst werden, wenn man die Funktion des Bereicherungsrechts auch im Fall der Leistung grundsätzlich im Rechtsgüterschutz sieht. Durch die hier vorgeschlagene Lösung wird weder der Durchgriff des Berechtigten in unangemessener Weise beschnitten noch der Empfänger einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt.

II. Die Rückabwicklung von Leistungen in Mehrpersonenverhältnissen ohne Beteiligung des Berechtigten

Fraglich ist weiter, ob die Fälle von rechtsgrundlosen Leistungen eines Nichtberechtigten ohne Beteiligung des Berechtigten in Einklang mit dem hier erörterten Lösungsansatz beurteilt werden können. Weil die Zuwendung in diesen Fällen dem Berechtigten nicht zugerechnet werden kann, liegen hier die oben genannten Voraussetzungen für eine Analogie nicht vor. Mangels eines subjektiven Rechts des Leistenden könnte deshalb hier eine Leistungskondition des Nichtberechtigten ausgeschlossen sein. Fraglich ist dies jedoch, wenn eine Verfügung eines Nichtberechtigten nach den Gutglaubens-

er zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für den Berechtigten führen würde, weil sich die Voraussetzungen eines solchen Durchgriffs nur schwer feststellen lassen und sie auch sehr leicht entfallen können.

- 117 Soweit man den Verkehrs- und Vertrauensschutz über die hier vertretene Auffassung hinaus erweitern will, ist dies nur dadurch möglich, daß man an eine Analogie und eine teleologische Reduktion geringere Anforderungen stellt. Man könnte etwa den Verkehrsschutz dadurch verstärken, daß man allein die Vorstellung des Empfängers ausreichen läßt, es lägen die hier für eine Analogie genannten Voraussetzungen vor.

vorschriften (§§ 892 f., 932 ff., 957) wirksam ist¹¹⁸. Gerade weil das Bereicherungsrecht - ebenso wie der Herausgabeanspruch nach § 985 - auch im Fall der Leistung dem Rechtsgüterschutz dient, müssen auch hier die Wertungen berücksichtigt werden, die im Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und Verkehrsschutzinteressen den Verkehrsschutzinteressen den Vorrang einräumen. Die einschlägigen Regelungen müssen nach ihrem Sinn und Zweck auch bei der Rückabwicklung beachtet werden. Auch bei dieser muß man der Vorstellung des Empfängers, er habe vom Berechtigten erworben, Rechnung tragen. Soweit die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs vorliegen, braucht der Empfänger über seinen Erwerb nur mit demjenigen abzurechnen, den er für berechtigt oder Verfügungsberechtigt (vgl. § 366 HGB) gehalten hat. Dies hat zur Folge, daß ihm die Möglichkeit offensteht, gegenüber dem Leistenden mit einer Gegenforderung aufzurechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die §§ 932 ff. als Wertungsmodell entsprechend angewendet werden müssen¹¹⁹. Daher ist derjenige, der aufgrund einer rechtsgrundlosen Leistung eines Nichtberechtigten etwas infolge der Anordnung der §§ 946 ff. erlangt hat, lediglich einem Wertersatzanspruch des Leistenden nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 818 Abs. 2 ausgesetzt. Auch über erlangte

118 Hier wird teilweise § 816 Abs. 1 S. 2 entsprechend angewendet und ein Durchgriff zugelassen, indem der rechtsgrundlose Erwerb dem unentgeltlichen gleichgestellt wird (Lehre von der sog. Einheitskondition, vgl. BGHZ 37, 363 (368 ff.); GRUNSKY, JZ 1962, 207 ff.). Nach anderer - überwiegend mit dem Subsidiaritätsprinzip (vgl. dazu oben Fußn. 24) begründeter - Auffassung steht dem Berechtigten lediglich ein Bereicherungsanspruch gegen den Leistenden auf Abtretung von dessen Anspruch aus Leistungskondition gegen den Empfänger zu (Lehre von der sog. Doppelkondition, so LARENZ, Schuldrecht BT, § 69 IV c; v. CAEMMERER, Festschrift für Boehmer, S. 145 (154); STAUDINGER/SEUFERT, § 816 Rdn. 8 b und e; ESSER, Schuldrecht BT, § 104 II 3 b; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 816 Rdn. 18 m.w.N.).

119 Vgl. oben S. 22 f.

Nutzungen braucht der gutgläubige und unverklagte Besitzer - wegen der Verkehrsschutzfunktion des § 993 Abs. 1 2. Halbs.¹²⁰ - im Fall der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs lediglich mit demjenigen abzurechnen, den er für den Berechtigten gehalten hat, ohne beim Besitzerwerb grob fahrlässig gehandelt zu haben (vgl. § 990 Abs. 1 S. 1) oder später Kenntnis von der mangelnden Berechtigung des Leistenden erlangt zu haben (vgl. § 990 Abs. 1 S. 2). Auch in diesem Fall ist ein Durchgriff des Eigentümers ausgeschlossen.^{121,122}

Der Anspruch des Leistenden sollte aber in den genannten Fällen nicht weiter reichen, als es für den Schutz des Empfängers erforderlich ist. Hat etwa der (frühere) Besitzer kein Recht zum Besitz, kann er grundsätzlich nur Rückübereignung an den früheren Eigentümer verlangen. Hat er ein Recht zum Besitz (z.B. aus Miete oder Leihe), so steht ihm ein Anspruch

120 Auch hinsichtlich der Nutzungen wird teilweise der rechtsgrundlose Erwerb dem unentgeltlichen gleichgestellt und daher ein Durchgriff analog § 988 zugelassen (vgl. oben FuBn. 50).

121 Unter den genannten Voraussetzungen ist der Eigentümer also hier auf eine Doppelkondition angewiesen. Die Leistungskondition des Nichtberechtigten ist als das "Erlangte" im Sinne des § 816 Abs. 1 S. 1 bzw. des § 812 anzusehen. Die Gleichstellung "rechtsgrundlos=unentgeltlich" ist für §§ 816 Abs. 1 S. 2 und 988 aus ähnlichen Gründen wie für § 822 abzulehnen (vgl. zu § 822 oben FuBn. 93). Sowohl das Abstraktionsprinzip als auch die Gutgläubensvorschriften entfalten vielmehr ihre verkehrsschützende Wirkung auch bei der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht.

122 Bei Wirksamkeit des Valutaverhältnisses tritt in den Fällen, in denen der Leistungsgegenstand nicht aus einem subjektiven Recht des Leistenden stammt, nur dann in vollem Umfang Erfüllung ein, wenn ein Durchgriff nach dem Sinn und Zweck der direkt oder entsprechend anwendbaren Gutgläubensvorschriften ausscheidet oder die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion gegeben sind. Insofern besteht hier eine Parallelität zwischen dem Bereicherungsrecht und der Erfüllungslehre. In den Fällen, in denen demjenigen, aus dessen subjektivem Recht das Erlangte stammt, ein Durchgriff (etwa nach § 985 oder §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2) möglich ist, kann sich der Empfänger an seinen Vertragspartner halten und vor allem die Rechte nach §§ 323, 325 geltend machen.

auf Herausgabe der Sache an sich und Rückübereignung an den früheren Eigentümer zu¹²³. Bei Untergang, Verschlechterung oder Wertverlust des Erlangten kann er im Regelfall einen Anspruch auf Zahlung von Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 oder Schadensersatz gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292, 989 und § 280 oder positiver Forderungsverletzung an den früheren Berechtigten geltend machen.

Es kann somit festgestellt werden, daß mit der hier vorgeschlagenen Konzeption der Leistungskondiktion als Regelung des Rechtsgüterschutzes auch die Probleme der Mehrpersonenverhältnisse in angemessener Weise gelöst werden können.

123 Die meisten Vertreter der Lehre von der Doppelkondiktion beschränken den Anspruch nicht ausdrücklich in dieser Weise (vgl. etwa v.CAEMMERER, Festschrift für Boehmer, S. 145 (154); STAUDINGER/SEUFERT, § 816 Rdn. 8 b und e; ESSER, a.a.O., § 104 II 3 b; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., a.a.O.). Andererseits ist man aber überwiegend der Auffassung, daß der ursprünglich Berechtigte nach Rückabwicklung des Vertrages (gemäß §§ 346 ff. oder 812 ff.) selbst dann wieder unmittelbar Rechtsinhaber wird, wenn der gutgläubige Erwerber die Sache oder das Recht auf seinen Vertragspartner überträgt. Bei diesem "Rückerwerb des Nichtberechtigten" tritt automatisch wieder die alte Rechtslage ein, weil der gutgläubige Erwerb und der Rückerwerb als Einheit anzusehen sind (so v. CAEMMERER, Gesammelte Schriften, Bd. 1, S. 295 (313); CANARIS, JuS 1969, 80 (85); LOPAU, JuS 1971, 233 f. m.w.N.; a.A. WIEGAND, JuS 1971, 62 ff.). Über die konstruktive Begründung dieser Rechtsfolge ist man sich allerdings nicht einig. LARENZ (a.a.O., § 68 III a, § 69 IV c) schränkt zwar den Anspruch des früheren Besitzers in der Weise ein, daß er nicht Rückübereignung an sich, sondern nur an den früheren Eigentümer verlangen kann. Er gibt dem früheren Besitzer aber einen Anspruch auf Rückübertragung des Besitzes an sich, ohne daß er darauf abstellt, ob er ein Recht zum Besitz hat.

D. Vergleich mit vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen

Es stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern sich die hier vertretene Konzeption der Leistungskondition in den Fällen vom Rückgewähranspruch nach erklärtem Rücktritt (§ 346) und anderen vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen (vgl. §§ 556, 604, 607, 695) unterscheidet, in denen von der Leistung des Vertragspartners fremde subjektive Rechte berührt werden.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß auch wirksame vertragliche Beziehungen zwischen Leistendem und Empfänger kein hinreichender Grund dafür sind, die Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten zu beschneiden. Dessen subjektive Rechte werden nicht etwa durch diese Beziehungen überlagert. Ein Durchgriff scheidet deshalb auch bei Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen dem Leistenden und dem Empfänger lediglich dann aus, wenn die - oben beschriebenen - Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion gegeben sind oder wenn diese Rechtsfolge nach Sinn und Zweck der genannten Verkehrsschutzvorschriften geboten ist.

I. Rückgewähranspruch nach § 346

In den Fällen einer Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten steht dem nichtberechtigten Vertragspartner grundsätzlich kein Anspruch aus § 346 zu, obwohl dieser Anspruch seine Grundlage in einem wirksamen Vertrag hat. Andernfalls würde man die vertragliche Verpflichtung des Empfängers überspannen und den Vertragspartner ungerechtfertigt privilegieren. Dem - im Rahmen des Vertragsrechts immer vorrangig zu berücksichtigenden - Parteiwillen ent-

spricht es vielmehr, daß der Empfänger nicht einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt ist. Außerdem spricht § 346 von "zurückgewähren". Auch die Verpflichtung des Empfängers aus dem Rückgewährschuldverhältnis ist demnach keine reine Verschaffungsverpflichtung (wie etwa diejenige aus § 433), sondern sie dient der Rückabwicklung. Deshalb kann der Vertragspartner nicht in jedem Fall alles zurückverlangen bzw. Wertersatz für alles beanspruchen, was der Empfänger aufgrund des Vertrages erlangt hat. Er kann vielmehr grundsätzlich nicht mehr verlangen, als ihm aufgrund eines eingesetzten subjektiven Rechts zusteht.¹²⁴ Etwas anderes gilt jedoch auch hier, wenn die Parteien so behandelt werden können, als habe der Vertragspartner ein eigenes subjektives Recht eingesetzt.¹²⁵ Oder wenn ein Durchgriff des berechtigten Dritten nach Sinn und Zweck der Gutglaubensvorschriften ausscheidet.¹²⁶ Der Empfänger ist auch grundsätzlich nur dann zur Rückgewähr verpflichtet, wenn er selbst etwas vom Vertragspartner erlangt hat. Grundsätzlich trifft ihn deshalb bei Leistungen an einen Dritten aufgrund eines Vertrages zu dessen Gunsten keine Rückgewährverpflichtung. Soweit der Empfänger aber - wegen Vorliegens der Analogievoraussetzungen - so behandelt werden muß, als habe er etwas erlangt, oder soweit ein Durchgriff des Vertragspartners nach Sinn und Zweck der Gutglaubensvorschriften ausscheidet, kommt jedoch eine Haftung - etwa auf Herausgabe einer von dem Dritten erhaltenen Gegenleistung - in Betracht.

124 Dies gilt erst recht für die Ansprüche aus §§ 527, 528, 531 Abs. 2 iVm §§ 812 ff., weil die Schenkung einen Erwerb "aus dem Vermögen" des Schenkers voraussetzt (vgl. § 516 Abs. 1).

125 Liegen die Voraussetzungen einer Analogie vor, steht dem Leistenden ein Anspruch gegen den Empfänger nach § 346 auf Rückgewähr an sich selbst zu. Unter denselben Voraussetzungen kann sich auch ein Rückgewähranspruch nach §§ 527, 528, 531 Abs. 2 iVm §§ 812 ff. ergeben, da die Parteien dann so behandelt werden können, wie wenn die Schenkung "aus dem Vermögen" des Schenkers erfolgt wäre.

126 Dann steht dem Vertragspartner ein Anspruch auf Rückgewähr an den (früheren) Berechtigten zu.

Es besteht nur insoweit ein Unterschied zur Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht, als dem (früheren) Besitzer auch dann ein Rückgewähranspruch nach § 346 (auf Wiedereinräumung des Besitzes) zusteht, wenn er gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat. Nur insoweit wirkt sich der Umstand aus, daß die Rückgewährpflicht aus § 346 ihre Grundlage in einem wirksam geschlossenen Vertrag hat und die Parteien deshalb so gestellt werden können, wie sie vor der Leistung standen. Hier kann sich der Empfänger ausnahmsweise zwei Ansprüchen - dem des Vertragspartners und dem des Eigentümers - gegenübersehen. Aus diesen Überlegungen folgt auch, daß derjenige, der als Besitzer seinem Vertragspartner das Eigentum nach §§ 932 ff. verschafft hat, im Fall des Rücktritts zwar nur Rücküberweisung an den früheren Eigentümer, aber immer Rückübertragung des Besitzes an sich verlangen kann. Diese Besonderheit gegenüber der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wirkt sich aber insofern nicht auf die Risikoverteilung aus, als der Empfänger nicht gegenüber seinem Vertragspartner nach §§ 347 S. 1, 989 oder nach § 280 zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er den Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 erfüllt.¹²⁷ Dieses Verhalten kann nicht als schuldhaft im Sinne dieser Bestimmungen angesehen werden. Ein Schadensersatzanspruch des Vertragspartners scheidet aber auch aus, wenn der Leistungsgegenstand in diesen Fällen untergeht oder verschlechtert wird¹²⁸. Für einen Schadensersatzanspruch fehlt es an einem ersatzfähigen Schaden des Vertragspartners, da er kein subjektives Recht an dem geleisteten Gegenstand hatte und deshalb ebenfalls zur Herausgabe an den durchgriffsberechtigten Dritten verpflichtet gewesen wäre. Andernfalls wäre der Empfänger u.U. einer doppelten Schadensersatzpflicht ausgesetzt. Wenn ein Gegenstand untergeht oder verschlechtert

127 Vgl. zur Anwendbarkeit des § 351 in diesen Fällen unten S. 173.

128 Vgl. dazu, ob in diesen Fällen schon der Rücktritt nach § 351 ausgeschlossen ist, unten S. 173.

wird, den der Empfänger vom Vertragspartner als Nichtberechtigtem (etwa nach §§ 932 ff.) gutgläubig erworben hat, steht dem Vertragspartner nach erklärtem Rücktritt - ebenso wie dem Bereicherungsgläubiger nach §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung - ein Anspruch auf Leistung von Schadensersatz an den früheren Eigentümer gemäß §§ 347 S. 1, 989 bzw. § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung zu. Es läßt sich somit nach den bisherigen Erörterungen auch in den Fällen, in denen der Vertragspartner kein eigenes subjektives Recht für seine Leistung verwendet hat, kein wesentlicher Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen dem bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch und dem Anspruch aus § 346 feststellen.

II. Andere vertragliche Rückabwicklungsansprüche

Ein schwerwiegender Unterschied besteht auch nicht zu den erwähnten sonstigen vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen. Diese Ansprüche bestehen zwar auch dann, wenn der Leistungsgegenstand dem Vertragspartner nicht mittels eines subjektiven Rechts zugewiesen war. So hat etwa auch der nicht zum Besitz berechtigte Vermieter einen Rückgewähranspruch aus § 556 gegen den Mieter. Jedoch steht dem Vertragspartner schon mangels eines Verschuldens des Empfängers dann kein Schadensersatzanspruch aus § 280 zu, wenn dieser den empfangenen Gegenstand an den durchgriffsberechtigten Eigentümer gemäß § 985 herausgibt. Aber auch im Fall schuldhaften Untergangs oder schuldhafter Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes haftet der Empfänger bei einer Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten nicht etwa gegenüber seinem Vertragspartner nach § 280 oder aus positiver Forde-

rungsverletzung, weil es - ähnlich wie im Fall des Rücktritts - mangels eines subjektiven Rechts des Vertragspartners an dem überlassenen Gegenstand an einem ersatzfähigen Schaden fehlt. Der Mieter oder Pächter ist auch dann nicht einem Schadensersatzanspruch des Vermieters oder Verpächters aus §§ 556, 581 Abs. 2 iVm § 280 oder positiver Forderungsverletzung ausgesetzt, soweit ein Durchgriff des Berechtigten hinsichtlich der Nutzungen aufgrund des § 993 Abs. 1 2. Halbs. ausscheidet.¹²⁹ Der Ausschluß des Durchgriffs bezieht sich hier nicht auf die Sache selbst, so daß der Eigentümer einen Anspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 gegen den Empfänger geltend machen kann. Daß dem Leistenden auch nach §§ 556, 581 Abs. 2, 604, 695 ein Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes zustehen kann, wenn einem Dritten ein subjektives Recht an dem Leistungsgegenstand zusteht, wirkt sich somit nicht auf die Risikoverteilung bei Untergang oder Verschlechterung des Gegenstandes aus. Auch sonst bestehen keine wesentlichen Unterschiede in den Rechtsfolgen zwischen der Leistungskondiktion und den genannten vertraglichen Rückabwicklungsvorschriften.¹³⁰

Auch aus dem Vergleich mit anderen Rückabwicklungsregelungen lassen sich somit keine Einwände gegen die hier vertretene Auffassung von der Rechtsnatur der Leistungskondiktion herleiten.

129 Vgl. oben S. 24 f.

130 Steht dem Leistenden ein eigenes subjektives Recht (d.h. im Regelfall das Eigentum) an dem überlassenen Gegenstand zu, so können Ansprüche aus §§ 985, 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. mit dem vertraglichen Rückgewähranspruch konkurrieren. Im Fall der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Rückgewährverpflichtung kommen dann Ansprüche aus §§ 989, 990 Abs. 1, § 823 Abs. 1, §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung in Betracht, soweit sie nicht durch vertragliche Regelungen verdrängt oder (etwa durch den Haftungsmaßstab des § 690) modifiziert werden.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden: Die Leistungskondition setzt neben einer zweckgerichteten Zuwendung grundsätzlich - ebenso wie die Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise - voraus, daß der Erwerb des Empfängers "auf Kosten" des Bereicherungsgläubigers erfolgt ist.¹³¹ Daraus folgt, daß eine Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge im Regelfall nur in Betracht kommt, soweit der Leistende eigene subjektive Rechte eingesetzt hat.

131 Da der Kreis möglicher Bereicherungsgläubiger somit bei der Leistungskondition nicht größer als bei der Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise ist, kann nach diesem Lösungsansatz kein Konflikt zwischen Leistungskondition und Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise entstehen. Es bedarf daher keines Subsidiaritätsprinzips (so zu Recht KUPISCH, a.a.O., S. 67). Jeder kann nach Bereicherungsrecht grundsätzlich nur dasjenige beanspruchen, was ihm aufgrund eines subjektiven Rechts gebührt. Allerdings ist es durchaus möglich, daß zwei oder mehrere Personen an dem Erlangten berechtigt sind (etwa Eigentümer und Pfandgläubiger). Einem der Berechtigten kann dann eine Leistungskondition, einem anderen eine Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise zustehen. Der Umfang des Bereicherungsanspruchs richtet sich jeweils nach dem Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechts. Die Bereicherungsansprüche mehrerer Gläubiger können u. U. durch entsprechende Anwendung des § 432 eingeschränkt werden.

2. Kapitel: Lösungsansätze zur Risikoverteilung bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge und ihre Kritik

Soweit danach ein Bereicherungsausgleich von Leistungen zur Erfüllung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge möglich ist, tritt das hier zu erörternde Problem auf, wer das Risiko des Untergangs, der Verschlechterung und des Wertverlustes einer der beiden ausgetauschten Leistungen zu tragen hat.

1. Abschnitt: Die entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. auf das Rückabwicklungsverhältnis

Eine Lösung dieses Problems könnte sich daraus ergeben, daß man die §§ 323 ff. entsprechend auf das Rückabwicklungsverhältnis anwendet. Wenn die Rückgewähr einer der Leistungen infolge eines Umstandes, den der Empfänger nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, könnte deshalb dessen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung entsprechend § 323 entfallen. Ist die Unmöglichkeit der Rückgewähr von der anderen Partei zu vertreten (z.B. bei Untergang des Leistungsgegenstandes infolge eines schon vor der Leistung vorhandenen Mangels) oder liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vor, könnte der Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung entsprechend § 324 erhalten bleiben. Außerdem könnten dem Bereicherungsgläubiger im Fall der vom Empfänger zu vertretenden Unmöglichkeit der Rückgewähr die in § 325 genannten Rechte zustehen. Weiter kommt auch eine entsprechende Anwendung des § 326 in Betracht.¹³²

¹³² Soweit die beiderseitig erbrachten Leistungen noch gegenseitlich zurückgewährt werden können oder ihr Wert zu ersetzen ist, könnte außerdem jeder Partei gegenüber dem Anspruch der anderen Partei entsprechend §§ 320, 322 die Einrede des "nichterfüllten Vertrages" zustehen.

§ 6 Dogmatische Begründungen für diesen Lösungsansatz

Gegen einen solchen Lösungsweg könnten jedoch der fehlende Abschluß oder die Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrages sprechen, die zu dem Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. führen. Aus diesem Grund könnte es auch an einer synallagmatischen Verflechtung von Leistung und Gegenleistung fehlen.

A. Die entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. wegen Teilgültigkeit des Vertrages

Andererseits könnte die gesetzliche Anordnung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts lediglich bedeuten, daß nur bestimmte Rechtsfolgen ausgeschlossen sein sollen, das Rechtsgeschäft im übrigen aber nicht berührt werden soll.¹³³ Der nichtige Verpflichtungsvertrag wäre danach kein nullum, vielmehr könnte die Nichtigkeit lediglich dazu führen, daß kein Erfüllungsanspruch entsteht und auch kein rechtlicher Grund für das Behaltendürfen der Leistung im Sinne des § 812 geschaffen wird. Zu dieser Betrachtungsweise könnte man gelangen, weil die Parteien nicht zur Rückabwicklung eines Vertrages verpflichtet sind, sondern den nichtigen Vertrag - wenigstens in den meisten Fällen - voll durchführen können.¹³⁴ Wie

133 So PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, insbes. S. 1 ff., 19 ff., 39 ff., und JuS 1967, 306 ff. Ähnlich wird zum Teil auch die Lehre vom fehlerhaften Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis begründet (vgl. FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 8, 3). Eine gewisse Verwandtschaft besteht mit der Lehre von den sog. Doppelwirkungen im Recht, nach der z. B. eine bereits nach § 119 angefochtene Willenserklärung kein nullum darstellt, sondern noch einmal nach § 123 angefochten werden kann, um den Schadensersatzanspruch nach § 122 auszuschießen (vgl. dazu KIPP, Festschrift für v. Martitz, S. 211 ff.). - Zum Teil wird in der Rechtsprechung und Literatur eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung trotz Unwirksamkeit des Vertrages wegen Bestehens einer Sonderverbindung bejaht (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 10 II 3 ff., Rdn. 201 ff.; CANARIS, JZ 1965, 475 ff.; THIELE, JZ 1967, 649 ff.; GERHARDT, JZ 1970, 535 (537 f.), und JuS 1970, 597 ff.; siehe auch BGH BB 1953, 956 f.).

134 PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 45 ff.

weit die daraus folgende Teilgültigkeit des Vertrages reicht, könnte sich jeweils aus Sinn und Zweck der die Nichtigkeit anordnenden Norm ergeben.¹³⁵ Zumindest in den meisten Fällen könnten aber die §§ 323 ff. zu den Vorschriften gehören, die trotz der Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrages entsprechend auf das Rückabwicklungsverhältnis angewendet werden können.

Auf die genannte dogmatische Begründung kann man sich aber dann nicht stützen, wenn ein Vertrag (etwa wegen Dissenses, §§ 154, 155) erst gar nicht zum Abschluß gekommen ist, da hier nicht mehr als der tatsächliche Austausch von Leistung und Gegenleistung vorliegt.

B. Der Gedanke des faktischen Synallagma

Jedoch könnte schon dieser tatsächliche Austausch ausreichen, um zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 323 ff. auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis zu gelangen. Man könnte insoweit von einem "faktischen Synallagma" sprechen.¹³⁶

135 PAWLOWSKI, a.a.O., S. 36 f.

136 Diesen Gesichtspunkt sieht ein großer Teil der Literatur als maßgeblich an (vor allem LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, S. 46 ff., 173 f.; v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (384 ff.); STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 45 a; SOERGEL/SIEBERT/MÜHL, § 818 Rdn. 43 f.; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 56 ff.). Es berücksichtigen ihn auch LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 100 VI 3; ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 227 III 3; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II.

Unabhängig davon, ob man sich für eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. auf die Begründung zu A. oder die zu B. stützt, könnte dieser Lösungsansatz den Vorteil haben, daß er auch gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 zur Geltung kommen könnte, der dann besteht, wenn nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Erfüllungsgeschäft fehlgeschlagen ist.¹³⁷ Dadurch könnten Wertungswidersprüche vermieden werden, die nicht plausibel durch das Abstraktionsprinzip erklärt werden könnten, das ja im wesentlichen dem Verkehrsschutz dient.¹³⁸

137 Die §§ 987 ff. sind nur anwendbar, soweit keine besonderen vertraglichen Rückabwicklungsregelungen vorgehen (so ERMAN/HEFERMEHL, Rdn. 6 vor §§ 987-993; PALANDT/BASSENGE, Anm. 1 d vor § 987; vgl. auch BGHZ 32, 76 (96)).

138 Vgl. schon oben Fußn. 93.

§ 7 Die Eignung der §§ 323 ff. als Regelung für das zweiseitige bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis

Ob die §§ 323 ff. eine geeignete Regelung für die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge darstellen, erscheint jedoch fraglich.

A. Die Beurteilung besonderer Fallkonstellationen

I. Die Anwendung auf Fälle, in denen keine gegenständliche Rückgewährpflicht besteht

Gegen die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 323 ff. bestehen zunächst Bedenken, wenn der Empfänger der Leistung von vornherein lediglich zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verpflichtet ist, weil das Erlangte nicht in Natur zurückgewährt werden kann oder muß. Dies ist z.B. bei Dienst- und sonstigen nicht gegenständlichen Leistungen und dann der Fall, wenn die Leistung zu einem Rechtserwerb nach §§ 946 ff. führt (vgl. § 951 Abs. 1 S. 2). Hier kann eine nachträgliche Unmöglichkeit der Rückgewähr im Sinne der §§ 323 ff. gar nicht eintreten. Den §§ 323 ff. kann keine Regelung der Frage entnommen werden, wie in diesen Fällen Untergang, Verschlechterung und Entwertung der Leistung zu behandeln sind.

II. Die Anwendung auf Fälle, in denen es an einer Äquivalenz zwischen Erlangtem und Gegenleistung fehlt

Eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. scheidet weiter dann aus, wenn ein empfangener (und später untergegangener) Gegenstand gar nicht das Äquivalent für die erbrachte Gegenleistung darstellt. Dies ist etwa der Fall, wenn die Gegenleistung nicht für den endgültigen Erwerb des Gegenstandes,

sondern lediglich für dessen Nutzung gewährt worden ist (z.B. in Fällen fehlgeschlagener Miet- und Pachtverträge). Hier fehlt es insoweit an einer synallagmatischen Verflechtung zwischen dem Erlangten und der Gegenleistung.

Dieselben Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. bestehen dann, wenn der zum Besitz berechtigte und daher für eine Leistungskondiktion aktivlegitimierte¹³⁹ (frühere) Besitzer der anderen Partei aufgrund eines (nichtigen) gegenseitigen Vertrages das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht verschaffen sollte, aber mangels der Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs nur zur Verschaffung des Besitzes in der Lage war. Ein Schadensersatzanspruch analog § 325 scheidet - zumindest im Regelfall - aus, weil das subjektive Recht des (früheren) Besitzers nicht so weit reicht, daß es ihm die Befugnis zur Verwertung der Sachsubstanz zuweist. Eine Anwendung des § 325 würde vielmehr zu einer doppelten Inanspruchnahme des Empfängers (durch den Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten gemäß oder entsprechend §§ 989, 990 Abs. 1 und § 823 Abs. 1 und den Leistenden nach § 325) führen.¹⁴⁰ Außerdem steht auch hier bei der Rückabwicklung nicht dasjenige der Gegenleistung gegenüber, was als deren Äquivalent vereinbart worden war. Deshalb kann sich die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch in diesem Fall nicht im Rückabwicklungsverhältnis auswirken. Daher kann man auch nicht § 323 Abs. 1 mit der Folge anwenden, daß der Empfänger die Gegenleistung bei Untergang des erhaltenen Gegenstandes nicht zurückverlangen kann. Vielmehr kann man in solchen Fällen gerade dem zwischen den Parteien vereinbarten ursprünglichen Synallagma entnehmen, daß der Vertragspartner die Gegenleistung trotzdem zurückgewäh-

139 Vgl. oben S. 40 ff.

140 § 325 kann somit in diesen Fällen aus denselben Gründen nicht angewendet werden, aus denen dem berechtigten Besitzer als Gläubiger eines einseitigen Bereicherungsanspruchs im Regelfall kein Schadensersatzanspruch nach §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung zustehen kann.

ren muß. Der Empfänger könnte nämlich in diesen Fällen selbst dann seine Gegenleistung zurückverlangen, wenn der gegenseitige Vertrag wirksam wäre (vgl. § 323 Abs. 3; beim Kaufvertrag aufgrund der Verweisung in §§ 440 Abs. 1, 433 f.). Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß die Gegenleistung gewissermaßen unter der (auflösenden) Bedingung versprochen wurde, daß der Erwerb der Leistung frei von Rechten Dritter erfolgt. Würde man in den genannten Fällen ein eigenständiges Synallagma im Rückabwicklungsverhältnis annehmen, würden die Parteien dagegen so behandelt, wie wenn sie vereinbart hätten, die Gegenleistung solle Äquivalent für die wegen der Berechtigung eines Dritten unzureichende Leistung der anderen Partei (hier: nur den Besitz) sein. Aus den genannten Gründen scheidet eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. auch in sonstigen Fällen aus, in denen die versprochene Leistung (noch) nicht vollständig erbracht worden ist, da sich dann bei der Rückabwicklung nicht die Leistungen gegenüberstehen, die die Parteien zum Gegenstand des Synallagma gemacht haben.^{141,142}

141 Auch die Gefahrtragungsregeln des Besonderen Schuldrechts (z.B. §§ 446 f., 644 f.) können hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen, da sie einen wirksamen Vertrag voraussetzen (vgl. auch unten Fußn. 234).

142 Aus den genannten Gründen können die §§ 323 ff. erst recht nicht in der hier erörterten Weise angewendet werden, wenn man dem Leistenden - entgegen der hier vertretenen Auffassung - auch dann eine Leistungskondition zuerkennt, wenn der Leistungsgegenstand nicht aus einem ihm zugewiesenen subjektiven Recht stammt. Dies gilt nicht nur, wenn die Unmöglichkeit der Rückgewähr an den Leistenden darauf beruht, daß der Empfänger den erhaltenen Gegenstand dem durchgriffsberechtigten Rechtsinhaber (etwa dem Eigentümer) zurückgewährt hat, sondern auch, wenn der Leistungsgegenstand untergegangen ist. Solange eine Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten gegeben ist, ist die Leistung noch nicht vollständig erbracht worden. Die §§ 323 ff. beruhen jedoch auf dem Gedanken der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Sie gehen von dem Regelfall aus, daß beide Parteien einen Nachteil hinnehmen, um die ihnen versprochene Leistung zu erhalten. Deshalb bestimmt § 323

III. Die Anwendung auf die Rückabwicklung eines gutgläubigen Erwerbs

Die §§ 323 ff. können weiter dann nicht entsprechend auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis angewendet werden, wenn beide Parteien zwar das erlangt haben, was sie aufgrund des (nichtigen) gegenseitigen Vertrages erhalten sollten, aber eine der Parteien als Nichtberechtigter eine Verfügung vorgenommen hat, die lediglich aufgrund der Vorschriften über den Gutgläubenserwerb wirksam geworden ist, und ihr infolgedessen nur ein Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr an den früheren Berechtigten zusteht.¹⁴³ Der Grund dafür liegt darin, daß die §§ 323 ff. von dem Regelfall ausgehen, daß beide Parteien einen Nachteil hinnehmen, um die ihnen versprochene Gegenleistung zu erhalten. Vor allem der Gefahrtragungsregel des § 323 Abs. 1 liegt der Gedanke zugrunde, daß, wenn die eine Partei kein Opfer zu erbringen braucht, auch die andere Partei von ihrem Opfer befreit wird. In den genannten Fällen ist jedoch eine Befreiung des Leistenden von der Pflicht zur Rückgewähr der Gegenleistung nicht gerechtfertigt, weil er durch die Rückgewähr der Gegenleistung im Ergebnis kein Opfer bringen würde, da er ja für die Leistung kein eigenes subjektives Recht eingesetzt hat. Dagegen kann man nicht mit Erfolg einwenden, der Leistende müsse die Gegenleistung nach § 816 Abs. 1 S. 1 an den Berechtigten herausgeben. Wollte man dem Berechtigten einen derartigen Anspruch zuerkennen-

Abs. 1, daß eine Partei ihr Opfer nicht zu erbringen braucht, wenn die andere Partei ihre Leistung nicht erbringen kann. Daraus folgt, daß die Parteien bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes so gestellt werden, als sei überhaupt kein Synallagma entstanden. Wollte man § 323 Abs. 1 in den Fällen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung anwenden, in denen die Leistung nicht aus einem subjektiven Recht des Leistenden stammt und ein Durchgriff des Berechtigten auch nicht wegen einer teleologischen Reduktion oder nach Sinn und Zweck der Gutgläubensvorschriften ausscheidet, würde der Leistende insoweit besser stehen, als er die Gegenleistung behalten könnte, ohne selbst ein Opfer erbracht zu haben.

143 Vgl. oben S. 66 f.

nen, so würde man ihn ungerechtfertigterweise vom Risiko des zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstandes befreien. Von diesem Risiko ist er deshalb nicht entlastet, weil der gegenseitige Vertrag zwischen dem Nichtberechtigten und dem Empfänger fehlgeschlagen ist.

B. Die Anwendung der §§ 323 ff. in den übrigen Fällen

Die §§ 323 ff. könnten aber möglicherweise in den übrigen Fällen, in denen die Parteien eigene subjektive Rechte eingesetzt haben oder so gestellt werden können, als hätten sie dies getan, auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis entsprechende Anwendung finden.

I. Die Auswirkungen dieses Lösungsansatzes

Zunächst erscheint aber eine Heranziehung des § 323 Abs. 1 auch hier deshalb fraglich, weil bei strikter Anwendung dieser Vorschrift im Falle des vom Empfänger nicht zu vertretenden Untergangs des Leistungsgegenstandes eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung völlig ausgeschlossen wäre.¹⁴⁵ Beim gegenseitigen Vertrag ist der Wegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung aus der Vereinbarung der Parteien zu erklären, daß die Gegenleistung nur erbracht werden soll, wenn auch die Leistung erbracht wird. Eine solche ausdrückliche Absprache fehlt für die Rückabwicklung. Hier ist vielmehr zu berücksichtigen, daß die Rückgewähransprüche dem Schutz von subjektiven Rechten dienen, die die Bereicherungsgläubiger eingesetzt haben. Aus dieser Rechtsnatur der Leistungskondiktion läßt sich entnehmen, daß eine Rückgewähr der Gegenleistung grundsätzlich auch bei Untergang des Leistungsgegenstandes

¹⁴⁵ Für eine solche Lösung tritt aber etwa LESER (Der Rücktritt vom Vertrag, S. 112 f.) ein.

erfolgen muß.¹⁴⁶ Daraus folgt aber nicht schon, daß die Wertung des § 323 Abs. 1 völlig unberücksichtigt bleiben müßte. Der Empfänger der Leistung könnte vielmehr vermögensmäßig entsprechend der Risikoverteilung dieser Vorschrift gestellt werden, indem er zwar die Gegenleistung zurückverlangen könnte, aber als Ausgleich dafür deren Wert in Geld erstatten müßte.

Es ist in vielen Fällen aber fraglich, ob die Parteien bei der Rückabwicklung an der Bewertung von Leistung und Gegenleistung festgehalten werden dürfen, die sie in einem nichtigen gegenseitigen Vertrag vorgenommen haben. Der Nichtigkeitsgrund kann sich gerade gegen diese Bewertung richten (vgl. z.B. § 138 Abs. 2). Aber selbst dann, wenn man diesen Gedanken auf alle Fälle des Fehlschlagens des gegenseitigen Vertrages ausdehnt, ist es nicht ausgeschlossen, im bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnis die Risikoverteilung entsprechend § 323 Abs. 1 vorzunehmen. Eine Bindung der Parteien an ihre eigene Bewertung von Leistung und Gegenleistung läßt sich dadurch verhindern, daß der Empfänger des untergegangenen Leistungsgegenstandes die Gegenleistung nicht gegen Erstattung von deren Wert, sondern gegen Ersatz des wirklichen Wertes (d.h. des Marktwertes) des Leistungsgegenstandes zurückverlangen kann.¹⁴⁷

146 Dies ist wesentlich, wenn die Gegenleistung nicht in einer Zahlung bestand (etwa beim Tausch). Sonst wirkt sich dieser Umstand lediglich in der Weise aus, daß eine Aufrechnung (vgl. §§ 387 ff.) erklärt werden muß.

147 So im Ergebnis, aber ohne Begründung auch etwa LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III.
Es kann insoweit von einer "korrigierenden Anwendung" des § 323 Abs. 1 gesprochen werden.

II. Gegenargumente

1. Mangelnder Schutz des Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

Aber auch eine derartige Risikoverteilung erscheint zumindest dann zweifelhaft, wenn die Partei, bei der der Leistungsgegenstand untergegangen ist, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Es ist vielmehr mit dem Schutzzweck der §§ 104 ff. nicht vereinbar, diesen Personenkreis sogar mit dem Risiko des zufälligen Untergangs des empfangenen Leistungsgegenstandes zu belasten.^{148,149}

148 So allerdings auch viele Vertreter der Lehre vom faktischen Synallagma (etwa LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, S. 79; v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (386); SOERGEL/SIEBERT/MÜHL, § 818 Rdn. 45; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 64). Auch PAWLOWSKI (Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51 ff., 56 ff.) wendet seinen Lösungsvorschlag nicht zu Lasten des Geschäftsunfähigen bzw. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten an. Die besondere Behandlung dieser Gruppe läßt sich aber nicht folgerichtig aus seiner Begründung für die Teilgültigkeit nichtiger Willenserklärungen herleiten, die Parteien könnten das nichtige Rechtsgeschäft vollziehen und seien nicht zur Rückabwicklung verpflichtet (vgl. oben S. 75). Geschäftsunfähige bzw. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte können zwar nicht (vgl. § 105 Abs. 1) oder nicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (vgl. §§ 107 f.) rechtsgeschäftlich Eigentum und sonstige Rechte übertragen. In der Geschäftsfähigkeit Beschränkte können aber diese Rechte wegen des darin liegenden rechtlichen Vorteils (vgl. § 107) erwerben. Darüber hinaus können sowohl Geschäftsunfähige als auch in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte Leistungen tatsächlicher Art (Arbeit, Besitz- und Gebrauchsüberlassung, Einbau und Verarbeitung mit den Rechtsfolgen der §§ 946 ff.) erbringen und auch empfangen. Pawlowski macht also im Fall der Beteiligung von Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten eine Ausnahme von seinem Lösungsansatz.

149 Die Schutzzwecke der verschiedenen Nichtigkeitssgründe veranlassen MEDICUS (a.a.O., § 12 II 3 b dd, Rdn. 227) darüber hinaus allgemein zu einer Zurückhaltung gegenüber einer synallagmatischen Bindung im bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnis.

2. Benachteiligung des arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten gegenüber den Regelungen des Rücktritts

Eine synallagmatische Bindung im bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnis könnte weiter in den Fällen der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123) ausgeschlossen sein.¹⁵⁰ Ein solcher Ausschluß könnte sich aus dem Gedanken ergeben, daß der arglistig Getäuschte bzw. widerrechtlich Bedrohte beim Bereicherungsausgleich nicht schlechter stehen dürfe als der Rücktrittsberechtigte nach den für diesen geltenden Vorschriften. Besonders im Fall der arglistigen Täuschung über Sachmängel könnte es unangemessen sein, den arglistig Getäuschten ungünstiger zu stellen, wenn er, statt nach §§ 459, 462 bzw. § 634 Abs. 1 S. 3 die Wandelung zu erklären, auf die gemäß §§ 467 S. 11. Halbs., 634 Abs. 4 die Rücktrittsvorschriften entsprechend anwendbar sind, die daneben zulässige Anfechtung gemäß § 123¹⁵¹ erklärt. Dabei ist zu bedenken, daß das Anfechtungsrecht nach § 123 dem Berechtigten gerade zu seinen Gunsten neben dem Wandelungs-

150 So auch hier einige Vertreter der Lehre vom faktischen Synallagma (etwa LESER, a.a.O., S. 81 f.; SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 818 Rdn. 43; a.A. aber v. CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 612 (634); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 65). Auch PAWLOWSKI (a.a.O., S. 51) wendet hier nicht die §§ 323 ff. an. Eine abweichende Behandlung des Falles der arglistigen Täuschung bzw. widerrechtlichen Drohung läßt sich aber ebenfalls nicht aus dem Gedanken herleiten, daß die Parteien hier den Vertrag etwa nicht durchführen könnten. Zwar erfaßt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 bei rechtsgeschäftlichen Übertragungsakten im Regelfall auch das Erfüllungsgeschäft (vgl. unten Fußn. 225). Dies ist aber - ebenso wie bei Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit - nicht der Fall, wenn die Leistung in einem Realakt besteht (vgl. auch unten S. 114).

151 Zwischen der Wandelung und der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung besteht ein echtes Konkurrenzverhältnis (vgl. dazu STAUDINGER/HONSELL, 12. Aufl., Vorbem. 1 zu § 459). Demgegenüber tritt § 119 Abs. 2 gegenüber den §§ 459 ff. zurück, soweit deren Anwendungsbereich reicht (vgl. STAUDINGER/HONSELL, 12. Aufl., Vorbem. 19 zu § 459).

recht zusteht.¹⁵²

a) Benachteiligung wegen entsprechender Anwendung des
§ 327 Satz 2 auf den Rücktrittsberechtigten

Der arglistig Getäuschte könnte bei entsprechender Anwendung der §§ 323 ff. auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis deshalb schlechter als der Rücktrittsberechtigte stehen, weil sich aus § 327 S. 2 - über den Wortlaut hinaus - der allgemeine Rechtsgedanke ergeben könnte, daß sich derjenige, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, ebenso gemäß § 818 Abs. 3 auf den Wegfall der Bereicherung berufen darf wie der Empfänger einer einseitigen rechtsgrundlos erbrachten Leistung.¹⁵³ § 327 S. 2 könnte somit auch zugunsten desjenigen anwendbar sein, der den Rücktritt erklärt. In diesem Umfang könnte die Vorschrift auch entsprechend bei der Wandelung gelten.^{154, 155}

152 Vgl. etwa PALANDT/PUTZO, Anm. 2 d vor § 459.

153 So RGZ 130, 119 (123); BGHZ 6, 229 (230); 53, 144 (148 f.); STAUDINGER/KADUK, § 327 Rdn. 69; ERMAN/BATTES, § 327 Rdn. 2; PALANDT/HEINRICHS, § 327 Anm. 2; SOERGEL/SIEBERT/R.SCHMIDT, § 327 Rdn. 2; LARENZ, Schuldrecht AT, § 26 b; WOLF, AcP 153, 97 ff.

Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, daß die Bereicherungshaftung milder als die Haftung nach den Rücktrittsvorschriften ist (vgl. auch §§ 557 a Abs. 1, 628 Abs. 1 S. 3).

154 So OLG KÖLN OLGZ 70, 454 (455); LARENZ, a.a.O.; PALANDT/HEINRICHS, a.a.O.; vgl. auch RGZ 116, 377 (380).

155 Die beschriebene Auslegung des § 327 S. 2 würde zu einer Haftung des Empfängers der Leistung führen, die derjenigen nach der strengen Form der sog. Zweikondiktionentheorie entspricht (vgl. dazu unten Fußn. 284).

Einer derartigen Privilegierung des Rücktrittsberechtigten könnte aber in den Fällen, in denen der empfangene Leistungsgegenstand vor Erklärung des Rücktritts (oder der Wandelung) untergeht oder wesentlich verschlechtert wird, § 351 entgegenstehen. Die entsprechende Anwendung des § 327 S. 2 könnte nicht dazu führen, daß auch die §§ 350 ff. ausgeschlossen sind.¹⁵⁶ Die Rechtsfolge des § 351 entspricht derjenigen, die sich aus einer strikten Anwendung des § 323 Abs. 1 auf die Rückabwicklung ergibt. Es ist aber - unabhängig von der Frage, von welchem Zeitpunkt an § 351 im Fall des gesetzlichen Rücktritts- bzw. Wandelungsrechts eingreift¹⁵⁷ - zweifelhaft, ob auch der zufällige Untergang und die zufällige Verschlechterung von dieser Vorschrift erfaßt werden. Nach dem Wortlaut des § 350 wird der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, den der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Die Regelung des § 350 könnte jedoch im Interesse einer angemessenen Risikoverteilung einschränkungsbedürftig sein und § 351 auch auf Fälle des Untergangs und der Verschlechterung ausgedehnt werden, die nicht auf ein dem Rücktrittsberechtigten zurechenbares Verhalten zurückgeführt werden können.¹⁵⁸ Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine derart weitgehende Auslegung des § 351 dem Rechtscharakter dieser Vorschrift gerecht wird. § 351 ist ein Ausdruck des Verbots

156 Dafür spricht, daß die Verweisungen in §§ 327 S. 1, 467 S. 11. Halbs. auf §§ 350 ff. sonst keine Bedeutung hätten.

157 Vgl. dazu unten S. 171 f.

158 Einige Autoren bejahen eine Rücktrittsmöglichkeit bei Untergang oder wesentlicher Verschlechterung des empfangenen Leistungsgegenstandes nur, wenn diese Ereignisse vom Rücktrittsgegner zu vertreten sind, etwa auf einem Mangel des geleisteten Gegenstandes beruhen. Sie gelangen damit zu einer Risikoverteilung, die einer strengen Anwendung der §§ 323, 324 auf das Rückabwicklungsverhältnis entspricht (so HONSELL, MDR 1970, 717 (719), und NJW 1973, 350 (351); WIELING, JuS 1973, 397 (398, 401); SOERGEL/SIEBERT/R.SCHMIDT, § 350 Rdn. 1; vgl. auch SCHWENN, AcP 152, 138 (141 ff.), der § 351 beim Zufallsuntergang nur dann nicht anwendet, wenn es sich um ein zufälliges Ereignis gehandelt hat, das auch beim Rücktrittsgegner eingetreten wäre).

des "venire contra factum proprium" und setzt eine Obliegenheitsverletzung voraus.¹⁵⁹ Es handelt sich um eine starre Regelung, die den Vorschriften der §§ 162 Abs. 2, 324 Abs. 1, 645 Abs. 1 ähnelt. Sie bindet die Parteien nicht nur vermögensmäßig an die Bewertung von Leistung und Gegenleistung im Synallagma, sondern schließt sogar jede Rückabwicklung aus. Der Rücktrittsberechtigte könnte auch ohne die erörterte Ausdehnung des § 351 mit dem Zufallsrisiko belastet werden. Aus § 350 folgt dann nicht zwingend, daß er für Zufall überhaupt nicht haftet. Vielmehr bliebe die durch § 350 eröffnete Rücktrittsmöglichkeit in bestimmten Fällen für den Rücktrittsberechtigten selbst dann sinnvoll, wenn man ihn mit einer Schadens- oder Wertersatzpflicht auch bei Zufallsuntergang des empfangenen Leistungsgegenstandes belastete. Ein solcher Fall ist dann gegeben, wenn die zurückzugewährende Gegenleistung einen höheren Wert hat, als dem Betrag entspricht, der gegebenenfalls als Schadens- oder Wertersatz für den durch Zufall untergegangenen Gegenstand zu zahlen ist, oder wenn der Berechtigte ein besonderes Affektionsinteresse an der Rückgewähr der Gegenleistung hat.¹⁶⁰ Somit steht ein auf keiner Obliegenheitsverletzung des Berechtigten beruhender Untergang oder eine so entstandene wesentliche Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes einem Rücktritt oder einer Wandelung nicht entgegen.¹⁶¹ § 351

159 Vgl. etwa BGH WPM 1972, 158; NJW 1972, 155; ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 39 II 1 e; WOLF, AcP 153, 97 (129 ff.); HUBER, JuS 1972, 439 (440 f.).

160 Vgl. zur Frage einer Zufallshaftung im Rückgewährschuldverhältnis unten S. 116 ff.

161 So BGHZ 53, 144 (148); GLASS, Gefahrtragung und Haftung, S. 20 ff.; FLESSNER, NJW 1972, 1777 (1780 f.); WEITNAUER, NJW 1970, 637 (638); LARENZ, Schuldrecht AT, § 26 b; ESSER, Schuldrecht AT, § 30 II 2; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 186; v.CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 621 (638); MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 c aa, Rdn. 229 f.; BEUTHIEN/WEBER, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, S. 19; im Ergebnis auch DIESELHORST, JZ 1970, 416 (419).

schließt in diesen Fällen nicht eine analoge Anwendung des § 327 S. 2 aus.¹⁶²

§ 327 S. 2 könnte analog darüber hinaus immer bei unwesentlicher Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes gelten. Außerdem steht § 351 einer entsprechenden Anwendung des § 327 S. 2 nicht entgegen, wenn der Leistungsgegenstand nach Erklärung des Rücktritts untergeht oder verschlechtert wird.¹⁶³

Jedoch erscheint fraglich, ob man der Regelung des § 327 S. 2 den erwähnten allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen kann. Es kann zunächst bezweifelt werden, ob es gerechtfertigt ist, daß derjenige, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, grundsätzlich weniger streng haftet.¹⁶⁴ Wenn der Leistungsgegenstand untergeht oder verschlechtert wird, solange der Rücktrittsgrund noch gar nicht eingetreten ist, läßt sich überhaupt kein überzeugendes Argument für eine unterschiedlich scharfe Haftung anführen. Auch für die Zeit danach ist das Vertretenmüssen des Rücktrittsgrundes für den Maßstab der Haftung im Rahmen des Rückabwicklungsverhältnisses, d.h. inwieweit die Parteien für den Untergang, die Verschlechterung oder den Wertverlust der ausgetauschten Leistungen

162 Zur Anwendbarkeit des § 351 im übrigen vgl. unten S.169 ff.

163 Leitet man aus § 327 S. 2 den genannten Rechtsgedanken her, so kann man aus dem Vergleich mit diesen Fallgruppen ein zusätzliches Argument gegen eine weite Auslegung des § 351 in den Fällen des gesetzlichen Rücktritts und der Wandelung entnehmen. Bei einer weiten Auslegung dieser Vorschrift würde der Empfänger in den Fällen des Untergangs und der wesentlichen Verschlechterung des Leistungsgegenstandes vor Erklärung des Rücktritts oder dem Vollzug der Wandelung dann nämlich schlechter stehen als in den Fällen der unwesentlichen Verschlechterung und des Untergangs und der Verschlechterung nach Erklärung des Rücktritts oder Vollzug der Wandelung. Für eine solche Unterscheidung ist jedoch kein plausibler Grund ersichtlich.

164 Dabei bleibt hier die Frage noch dahingestellt, ob die Haftung nach Bereicherungsrecht wirklich milder als die nach den Rücktrittsvorschriften ist. Wenn man § 327 S. 2 in der genannten Weise anwendet, so haftet der Empfänger einer Sache, der den Rücktrittsgrund kennt, dennoch unabhängig davon nach § 989, ob er diesen Rücktrittsgrund zu vertreten hat (dann über § 347 S. 1) oder nicht (dann über §§ 819 Abs. 1, 818 Abs.4, 292 Abs. 1).

einzustehen haben, grundsätzlich unerheblich.¹⁶⁵ Eine Pflichtverletzung hinsichtlich des Umstandes, der zur Rückabwicklung führt, und das Problem der Gefahrtragung stehen in keinem inneren Zusammenhang.¹⁶⁶ Das Vertretenmüssen hat insoweit lediglich im Rahmen von Schadensersatzansprüchen (vgl. §§ 325, 326, 463) Bedeutung, bei denen die beiderseitige Verursachung und das beiderseitige Verschulden gegeneinander abzuwägen sind (vgl. § 254).¹⁶⁷ Durch diese Ansprüche ist der Berechtigte auch hinreichend geschützt.¹⁶⁸ Daraus ergibt sich, daß § 327 S. 2 nicht in dem erwähnten Sinn entsprechend angewendet werden kann, sondern - dem Wortlaut entsprechend - lediglich dann eingreift, wenn der Rücktrittsgegner den Rücktritt nicht zu vertreten hat.¹⁶⁹ Aus den genannten Gründen kann § 327 S. 2 auch nicht über die dort behandelten Fälle der §§ 325, 326 hinaus etwa auf die Haftung des Unternehmers aufgrund eines Rücktritts nach § 636 entsprechend angewendet werden.¹⁷⁰ Daß damit für diese Vorschrift kein Anwendungsbe-

165 Bei Kündigung eines Vertrages aus wichtigem Grund wegen einer Pflichtverletzung des Vertragspartners haftet auch dieser Vertragspartner lediglich nach Bereicherungsrecht (vgl. § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt.).

166 WIELING, JuS 1973, 397 (401); vgl. für das Bereicherungsrecht auch unten S. 190 ff.

167 WIELING, a.a.O.

168 Vgl. zum Umfang dieser Ansprüche unten Fußn. 419.

169 So GLASS, a.a.O., S. 86 ff.; WEITNAUER, NJW 1970, 637 (639 f.); ESSER, Schuldrecht AT, § 51 II 1; BROX, Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 209; FLUME, NJW 1970, 1161 (1165); ERMAN/WEITNAUER, § 440 Rdn. 25.

170 So aber BGHZ 53, 144 (148); ESSER, Schuldrecht AT, § 51 II 1.
Eine Anwendung auf den Fall des § 325 Abs. 2 iVm § 283 (so etwa ERMAN/BATTES, § 327 Rdn. 2) erscheint ebenfalls nicht möglich, da auch § 283 Vertretenmüssen voraussetzt (vgl. § 283 Abs. 1 S. 3).

reich mehr bleibt, ist aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu erklären.^{171,172}

171 GLASS (a.a.O., S. 88 ff.) legt ausführlich dar, daß § 327 S. 2 wahrscheinlich auf einem Redaktionsversehen beruht.

172 Gegen eine entsprechende Anwendung des § 327 S. 2 auf die Wandelung spricht beim Stückkauf zusätzlich, daß die §§ 459, 462 nicht Ansprüche wegen einer pflichtwidrigen (teilweisen) Nichterfüllung regeln und ein Vertretenmüssen im Sinne der §§ 323 ff. daher hier irrelevant ist. Die §§ 459 ff. stellen keine Spezialregelung gegenüber den §§ 320 ff. dar, da den Verkäufer beim Spezieskauf keine Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung trifft (so LARENZ, Schuldrecht BT, § 41 II e; ESSER, Schuldrecht BT, § 64 II; ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 108 I, § 112 I; PALANDT/PUTZO, Anm. 2 a vor § 459; SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, Rdn. 13 vor § 459; a.A. RGZ 66, 279 (281 f.); ERMAN/WEITNAUER, Rdn. 35 vor § 459; BROX, Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 58; RGRK/KUHN, § 459 Rdn. 3) Deshalb können die §§ 320 ff. hinsichtlich von Mängeln grundsätzlich auch nicht etwa mit der Maßgabe vor Gefahrübergang angewendet werden, daß sich das Vertretenmüssen im Rahmen des § 325 nicht nach § 276, sondern nach § 459 im Sinne einer Garantiehaftung bestimmt. Eine solche Auslegung würde vielmehr bei unbehebbarren Mängeln zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 306 führen. Bei behebbaren Mängeln würde sich eine anfängliche objektive Unmöglichkeit in den meisten Fällen lediglich mit dem Argument verneinen lassen, daß ja die Möglichkeit einer Beseitigung des Mangels besteht. Eine Mängelbeseitigung ist dem Typus des Kaufvertrages - im Gegensatz zum Werkvertrag - jedoch grundsätzlich fremd. Gegen den Rechtscharakter der §§ 459 ff. als Spezialregelung gegenüber den §§ 320 ff. spricht auch, daß in §§ 459 ff. im Gegensatz zum Werkvertragsrecht (vgl. § 635) kein dem § 325 entsprechender umfassender Schadensersatzanspruch vorgesehen ist. Vielmehr steht dem Käufer ein solcher Anspruch lediglich unter den engen Voraussetzungen des § 463 zu. Auf jeden Fall ist eine vertragliche Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung abzulehnen, wenn man der "Lehre von der Sollbeschaffenheit" folgt, die auch im Fall des Irrtums über Eigenschaften der Sache eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 zuläßt (vgl. etwa ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., § 167 IV 3). Diese Lehre setzt nämlich voraus, daß die tatsächlichen Eigenschaften der (fehlerhaften) Sache Inhalt der vertraglichen Einigung sind. Die Einigung wäre widersprüchlich, wenn auch die Fehlerfreiheit Inhalt der vertraglichen Verpflichtung wäre.

Aus allen genannten Gründen handelt es sich bei der Man-

Außerdem kann man der Verweisung auf die Bereicherungsvorschriften in § 327 S. 2 allenfalls entnehmen, daß auf denjenigen, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, in vollem Umfang Bereicherungsrecht Anwendung finden und die Frage der Haftung bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages nach denselben Kriterien entschieden werden soll wie bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge, auf die Bereicherungsrecht direkt anwendbar ist. Deshalb könnten die §§ 323 ff. gegebenenfalls nur einheitlich in beiden Fällen entsprechend gelten.

Aus § 327 S. 2 folgt somit nicht, daß der arglistig Getäuschte nach dem hier erörterten Lösungsansatz im Fall der Anfechtung schlechter als im Fall der Wandelung stehen würde.

b) Benachteiligung wegen der Regelung der §§ 346 ff.

Der arglistig Getäuschte oder widerrechtlich Bedrohte könnte aber bei einer entsprechenden Anwendung der §§ 323 ff. auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis deshalb nach Bereicherungsrecht schlechter stehen als der Rückgewährschuldner nach §§ 346 ff., weil sich aus § 350 eine

gelfreiheit beim Stückkauf vielmehr um eine besonders geregelte Form eines von den Parteien vorausgesetzten Umstandes. Weist die Sache einen Fehler im Sinne des § 459 auf, so liegt eine Äquivalenzstörung vor. Das Gewährleistungsrecht ist insofern dem Rechtsinstitut der Geschäftsgrundlage verwandt, was auch ein Vergleich der Rechtsfolgen zeigt. Wollte man hier § 327 S. 2 entsprechend anwenden, so müßten beide Parteien - auch der Verkäufer - nach Bereicherungsrecht haften. Dies würde aber der Verweisung in § 467 S. 1 1. Halbs. widersprechen. Wenn § 467 S. 1 1. Halbs. die Anwendung der Rücktrittsvorschriften auch ohne "Vertretenmüssen" anordnet, so spricht dies dafür, daß auch die §§ 325, 326 dem Gläubiger die Rücktrittsmöglichkeit nicht mit der Erwägung eröffnen, das mit der Gegenleistung verbundene Risiko müsse wegen des Vertretenmüssens des Schuldners gegenüber einer Haftung nach §§ 323 Abs. 3, 812 ff. zu dessen Lasten verschoben werden.

Haftungsbefreiung bei zufälligen Ereignissen ergeben könnte.¹⁷³ § 350 regelt jedoch nur, daß in diesen Fällen überhaupt ein Rücktritt möglich ist.¹⁷⁴ Der Umfang der Haftung ergibt sich vielmehr aus den §§ 346 ff.. Ohne die Frage beantworten zu müssen, ab welchem Zeitpunkt § 347 im Fall des gesetzlich angeordneten Rücktritts bzw. der Wandelung Anwendung findet¹⁷⁵, läßt sich allerdings feststellen, daß der Empfänger danach nicht bei zufälligen Ereignissen auf Schadensersatz haftet (vgl. §§ 347 S. 1, 989). Der Empfänger könnte aber bei einer Rückabwicklung nach §§ 812 ff. unter entsprechender Anwendung des § 323 Abs. 1 dennoch nicht schlechter als bei einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. gestellt sein, weil auch der nach § 346 S. 1 zur Rückgewähr verpflichtete Schuldner bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung des Leistungsgegenstandes zum Wertersatz verpflichtet sein könnte. Diese Wertersatzverpflichtung könnte sich im Fall des Rücktritts von einem gegenseitigen Vertrag daraus ergeben, daß die §§ 323 ff. in der beschriebenen Weise auch im Rahmen des infolge des Rücktritts entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses entsprechende Anwendung finden.¹⁷⁶ Eine solche Lösung scheidet allerdings zunächst in all den Fällen aus, in denen sie schon für das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis abgelehnt worden ist.¹⁷⁷ Die §§ 323 ff. können weiter dann nicht ange-

173 So ESSER, Schuldrecht AT, § 30 II 2; GLASS, a.a.O., S. 53 ff.; FLESSNER, NJW 1972, 1777 (1780 f.); PALANDT/HEINRICHS, § 350 Anm. 2; WEITNAUER, NJW 1970, 637 (638); v.CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 621 (631); STAUDINGER/KADUK, § 350 Rdn. 9; LARENZ, Schuldrecht AT, § 26c.

174 vgl. schon oben S. 88. Diese Vorschrift hat nicht die zusätzliche Funktion einer Gefahrtragungsregel.

175 Vgl. dazu unten S. 175 ff.

176 In der Literatur wird teilweise eine strenge Anwendung der §§ 323 ff. im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses nach §§ 346 ff. befürwortet (vgl. etwa WOLF, AcP 153, 97 (123, 142); LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 125). Ausdrücklich ist in § 348 allerdings nur auf die §§ 320, 322 verwiesen. Die überwiegende Auffassung spricht sich deshalb und aus anderen Gründen gegen eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. aus (vgl. etwa GLASS, a.a.O., S. 21 ff.; PALANDT/HEINRICHS, § 350 Anm. 2).

177 Vgl. oben S. 78 ff.

wendet werden, wenn der Rückgewähranspruch dem Vertragspartner lediglich aufgrund seines früheren Besitzes zusteht.¹⁷⁸ Hier wäre vor allem eine Risikoverteilung entsprechend § 323 Abs. 1 im Rückabwicklungsverhältnis unangemessen, da der Vertragspartner entgegen dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entlastet würde, ohne selbst ein Opfer gebracht zu haben.¹⁷⁹ In den übrigen Fällen besteht aber grundsätzlich die gleiche Interessenslage wie bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. auf das zweiseitige bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis kann somit nicht zu einer Benachteiligung des arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten bei einer Rückabwicklung nach §§ 812 ff. gegenüber dem Schuldner im Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 346 ff. führen, weil die genannten Vorschriften dann auch im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses entsprechend gelten müssen.

3. Unterschied zur einseitigen Vorleistung

Eine Risikoverteilung entsprechend den §§ 323 ff. könnte jedoch in beiden Rückabwicklungsverhältnissen zu unangemessenen Ergebnissen führen, weil diese Vorschriften einen Austausch von Leistung und Gegenleistung voraussetzen und der Empfänger einer einseitigen Vorleistung daher bei zufälligem

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben S. 70.

¹⁷⁹ Dies gilt grundsätzlich - sowohl bei einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. als auch nach §§ 812 ff. - auch, wenn dem berechtigten (früheren) Besitzer ein Rückgewähranspruch zusteht, aber dennoch ein Durchgriff eines berechtigten Dritten möglich ist.

Untergang des empfangenen Leistungsgegenstandes nicht zum Wertersatz verpflichtet sein könnte.¹⁸⁰ Für eine solche unterschiedliche Haftung könnte jedoch sprechen, daß der Vorleistende seine Leistung auf eigenes Risiko erbringt und das Synallagma insoweit gelockert sein könnte.¹⁸¹ Von einer derartigen Risikoübernahme des Vorleistenden kann man jedoch lediglich hinsichtlich des Insolvenzrisikos sprechen.¹⁸² Im übrigen stellt dieses Argument eine petitio principii dar. Für eine Gleichbehandlung der einseitigen Vorleistung läßt sich vielmehr anführen, daß der Umstand, daß die Gegenleistung noch nicht erbracht worden ist, oft zufälliger Natur ist und sich deshalb daraus keine materiellen Wertungskriterien für eine Risikoverteilung entnehmen lassen. Außerdem ist die Gefahrtragung auch in dem ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarten Synallagma davon unabhängig, ob erst eine oder schon beide Leistungen erbracht worden sind (vgl. § 323 Abs. 1 und 3). Schließlich erscheint es nicht angemessen, einen Unterschied zwischen dem Fall der einseitigen Vorleistung und dem Fall zu machen, in dem die Gegenleistung zwar erbracht, aber schon zurückgewährt worden ist und auf den § 323 Abs. 3 mit der Folge entsprechend angewendet werden müßte, daß der Empfänger der Leistung zum Wertersatz verpflichtet ist.

Die aufgrund dieser Argumente naheliegende Gleichstellung des Falls der einseitigen Vorleistung mit dem Fall der beiderseitig ausgetauschten Leistungen läßt sich mit dem hier erörterten Lösungsansatz aber nicht erreichen.

180 Für eine volle Wertersatzpflicht auch bei einseitiger Vorleistung aber PAWLOWSKI, a.a.O., S. 73; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2; WIELING, AcP 169, 137 (150 ff.); HONSELL, NJW 1973, 350.

181 So etwa LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; im Ergebnis auch MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 b cc, dd, Rdn. 226 f.

182 FLUME, NJW 1970, 1161 (1162 Fußn. 7).

4. Rechtsnatur des Rückabwicklungsverhältnisses

Als bedeutsamstes Argument gegen die entsprechende Anwendung der §§ 323 ff. ist anzuführen, daß sich das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis - ebenso wie das Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 346 ff. - auch im Fall beiderseitig ausgetauschter Leistungen in seiner Rechtsnatur grundlegend von einem gegenseitigen Vertrag unterscheidet.¹⁸³

Zunächst ist zu beachten, daß die Parteien beim gegenseitigen Vertrag im Regelfall von ihrer Leistungspflicht wissen und sich darauf einrichten können, während dies beim bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnis im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers nicht so ist.¹⁸⁴

Vor allem ist folgendes zu berücksichtigen: Beim gegenseitigen Vertrag verspricht die eine Partei eine Leistung, um die Gegenleistung zu erhalten, die sich bisher noch nicht in ihrem Vermögen befand. Durch den gegenseitigen Vertrag wird lediglich der Austausch von Leistungen vorbereitet, zu denen die jeweils andere Partei als Gläubigerin noch keine rechtliche Beziehung hatte. Daher ist hier eine Risikoverteilung in dem Sinne möglich, daß der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt, wenn die Erbringung der Leistung aus einem von keiner Partei zu vertretenden Umstand unmöglich wird (vgl. § 323 Abs. 1). Die Parteien werden dann so behandelt, als ob sie den gegenseitigen Vertrag gar nicht geschlossen hätten. Die Unmöglichkeit der Leistung ist hier gewissermaßen auflösende Bedingung für den Anspruch auf die Gegenleistung.¹⁸⁵

183 Vgl. BEUTHIEN, JZ 1969, 570.

184 Vgl. BEUTHIEN, a.a.O.

185 Zwar kann man grundsätzlich davon ausgehen, daß dem Gläubiger einer Forderung inter partes der Gegenstand schon zugewiesen ist, auf den sich die Forderung bezieht (vgl. oben Fußn. 91). Dies ist aber beim Anspruch auf die Gegenleistung - mit Rückwirkung - nicht mehr der Fall, wenn die Leistung nicht mehr erbracht werden kann.

Das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis ist demgegenüber in den hier zu erörternden Fällen dadurch gekennzeichnet, daß es dem Schutz von subjektiven Rechten an den ausgetauschten Leistungsgegenständen dient. Auch die Leistungskondiktion beruht - wie bereits erwähnt¹⁸⁶ - nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung, sondern dient ebenso wie die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise - etwa als sog. Rechtsfortwirkungsanspruch - dem Rechtsgüterschutz.¹⁸⁷ Diese Funktion der Leistungskondiktion rechtfertigt es, die Stellung des Bereicherungsgläubigers auch hier als stärker anzusehen als diejenige des Gläubigers aus einem gegenseitigen Vertrag und ihn nicht grundsätzlich mit einer Zufallshaftung für eine von ihm empfangene und später untergegangene Gegenleistung zu belasten, wie sich dies aus der hier erörterten entsprechenden Anwendung des § 323 Abs. 1 ergeben würde.¹⁸⁸ Die beschriebene Rechtsnatur der Leistungskondiktion legt vielmehr den Schluß nahe, daß jede Partei - entsprechend der Regel "casum sentit dominus" - grundsätzlich das Risiko des zufälligen Untergangs der von ihr eingesetzten Leistung zu tragen hat.

Eine Anwendung des Rechtsgedankens des § 323 Abs. 1 auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis führt überdies zu einer unterschiedlichen Risikoverteilung beim Untergang und beim schlichten Wertverlust des empfangenen

186 Vgl. oben S. 7 ff.

187 Vgl. oben S. 34 ff.

188 Dies gilt bei der rechtsgrundlosen Übertragung von Sachen und Rechten um so mehr, wenn man bedenkt, daß das Abstraktionsprinzip im wesentlichen dem Schutz Dritter dient und die Parteien deshalb im Innenverhältnis so behandelt werden müssen, als sei der Bereicherungsgläubiger Berechtigter geblieben.

Leistungsgegenstandes, den der Bereicherungsgläubiger auch bei Heranziehung des § 323 Abs. 1 zu tragen hat.¹⁸⁹ Es erscheint plausibler, beide Risiken nach einheitlichen Maßstäben zu verteilen.

Aus all den genannten Gründen erscheint es nicht angemessen, die §§ 323 ff. entsprechend auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge anzuwenden.¹⁹⁰

189 Daß die Parteien beim gegenseitigen Vertrag nicht für den schlichten Wertverlust der geschuldeten Leistungen haften, läßt sich demgegenüber aus der rechtsgeschäftlichen Bindung herleiten, aufgrund derer dieses Risiko dem jeweiligen Gläubiger schon mit dem Vertragsschluß zugewiesen ist.

190 Auch WILBURG (AcP 163, 346 (353)) vertritt zu Recht die Auffassung, daß dem Austauschzweck eines nichtigen Vertrages nicht entnommen werden könne, daß auch die Rückgewähransprüche im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen müssen.

§ 8 Zusätzliche Einwände gegen die einzelnen dogmatischen Begründungen

A. Bedenken gegen die Lehre von der Teilgültigkeit des Vertrages

Ganz abgesehen von der Unanwendbarkeit der §§ 323 ff. läßt sich gegen die Lehre von der Teilgültigkeit nichtiger Verträge einwenden, daß jemand eine Zuwendung - zumindest eine solche tatsächlicher Art wie eine Besitz- oder Gebrauchsüberlassung oder eine Arbeitsleistung - auch vornehmen kann, ohne auf eine bestimmte vertragliche Verpflichtung Bezug zu nehmen (so etwa eine Zuwendung aus Gefälligkeit). Die faktische Durchführbarkeit nichtiger Verträge läßt deshalb nicht den Schluß zu, daß diese Verträge als teilgültig zu behandeln sind. Grundsätzlich ist vielmehr davon auszugehen, daß die gesetzliche Anordnung der Nichtigkeit von Verträgen uneingeschränkt gilt.¹⁹¹

B. Bedenken gegen den Gedanken des faktischen Synallagma

Gegen den Gedanken des faktischen Synallagma bestehen zusätzliche Bedenken, da die Anwendung vertragsrechtlicher Vorschriften allein aufgrund tatsächlichen Verhaltens dem Prinzip der Privatautonomie widerspricht. Die Gesichtspunkte, aus denen in bestimmten Fällen (bei Leistungen des Massenverkehrs im Bereich der Daseinsvorsorge und bei fehlerhaften Gesellschafts- und Arbeitsverträgen¹⁹²) eine Ausnahme gemacht werden könnte, sind im Normalfall eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nicht einschlägig. Es muß weder die reibungslose Abwicklung des Massenverkehrs gesichert

191 Nach den Gesetzesmaterialien ist ein nichtiges Rechtsgeschäft so anzusehen, als ob es gar nicht abgeschlossen worden wäre (vgl. MUGDAN, Bd. 1, S. 472 ff. (Motive), S. 675 ff. (Protokolle)).

192 Vgl. unten Fußn. 321.

noch eine Nichtigkeit von Anfang an aus praktischen Gründen (Rückabwicklungsschwierigkeiten) vermieden werden. Außerdem soll dadurch, daß das rein tatsächliche Verhalten einer Willenserklärung gleichgestellt wird, lediglich erreicht werden, daß die Rechtsfolgen eines wirksam geschlossenen Vertrages eintreten. Zu diesen Rechtsfolgen gehört aber nicht die Anwendung der §§ 323 ff. bei der Rückabwicklung (etwa nach erklärtem Rücktritt).

2. Abschnitt: Die Anrechnung der Gegenleistung im Rahmen einer Saldierung nach § 818 Abs. 3

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Lösung der Probleme, die sich bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge stellen, könnte § 818 Abs. 3 sein. Aus dieser Bestimmung könnte sich ergeben, daß niemand nach Bereicherungsrecht mehr herausgeben muß, als er insgesamt durch den Bereicherungsvorgang erlangt hat. Sinn und Zweck des § 818 Abs. 3 könnte es sein zu verhindern, daß der Bereicherungsausgleich zu einer Schädigung des Empfängervermögens führt.¹⁹³ § 818 Abs. 3 könnte insofern abstrakt am Empfängervermögen orientiert sein.¹⁹⁴ Es könnten alle mit dem Bereicherungsvorgang zusammenhängenden Vor- und Nachteile zu

193 Sogenanntes Schädigungsverbot (vgl. dazu KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 122 f.).

194 Diese sog. gleitende Bereicherungshaftung wird teilweise auf das klassische römische Recht zurückgeführt (vgl. v. LÜBTOW, Beiträge zur *condictio*, S. 20; a.A. NIEDERLANDER, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht, S. 172; FLUME, Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (129 f.)). Jedenfalls beschränkte das Gemeine Recht, das den Bereicherungsanspruch überhaupt nur aus Billigkeitsgründen gewährte, diesen aus diesem Grund auf fortdauernde Verbesserungen der Gesamtvermögenslage des Empfängers (vgl. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, § 424 Nr. 3; siehe dazu weiter im einzelnen FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, S. 4 ff.; FLUME, a.a.O., S. 133 ff.; WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 38 ff.). Der Gesetzgeber hat zwar den Begriff der Bereicherung nicht definiert, um nicht einer Weiterentwicklung in Rechtsprechung und Wissenschaft vorzugreifen (vgl. MOTIVE, Bd. 2, S. 837). Er ging jedoch davon aus, der Empfänger könne alle Vermögensnachteile geltend machen, die im Kausalzusammenhang mit dem Erwerb eingetreten seien (vgl. MOTIVE, Bd. 2, S. 837). Von der Zweiten Kommission wurde der Antrag, § 818 Abs. 3 einzuschränken, mehrheitlich abgelehnt. Diese Ablehnung wurde mit dem Schädigungsverbot begründet (vgl. PROTOKOLLE, Bd. 2, S. 706 f.). Man vertrat die Auffassung, daß der Bereicherungsanspruch nicht weiter gehen dürfe, als es die Billigkeit erfordere (vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 1184 (Protokolle)). Auch der Bundesgerichtshof (BGHZ 36, 232 (235)) hat die

berücksichtigen sein. Im Rahmen der aufzustellenden Rechnung könnte eine erbrachte Gegenleistung ebenso behandelt werden wie andere Ausgaben, die der Empfänger im Zusammenhang mit dem Erwerb getätigt hat.¹⁹⁵

Auffassung vertreten, die §§ 812 ff. gehörten dem Billigkeitsrecht an (a.A. zu Recht etwa ESSER, a.a.O., § 100 I). Heute ist das Prinzip der gleitenden Bereicherungshaftung starker rechtspolitischer Kritik ausgesetzt (vgl. RENGIER, AcP 177, 418 (419)).

- ¹⁹⁵ Daher wird aus dieser Bestimmung teilweise die sog. Saldotheorie hergeleitet (vgl. RGZ 54, 137 ff.; 60, 284 ff.; BGHZ 53, 144 (145); 57, 137 (157); ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6). Die Saldotheorie stellt den Ausgangspunkt der Rechtsprechung und überwiegenden Meinung in der Literatur für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge dar (RGZ 86, 343 (346 ff.); 163, 348 (360 f.); BGHZ 1, 75 (81); BGH NJW 1963, 1870 (1871); ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 818 Rdn. 42-48; FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 IV 3).

§ 9 Auswirkungen dieses Lösungsansatzes

Dieser Gedanke kann aber zunächst dann nicht dazu führen, daß von vornherein lediglich ein einheitlicher Anspruch auf Ausgleich des sich aus dem Vergleich der Aktiv- und Passivposten ergebenden bezifferbaren Saldos besteht, wenn ausgetauschte ungleichartige Leistungen noch gegenständlich vorhanden sind.¹⁹⁶ Hier kann nicht etwa nur eine Partei einen Geldanspruch in Höhe des sich für sie ergebenden Saldos geltend machen, indem vom Wert der Leistung der Wert abgezogen wird, den die Gegenleistung im Zeitpunkt ihrer Vornahme hatte.¹⁹⁷ Dagegen, daß der Bereicherungsanspruch hier auf eine abstrakte Vermögensdifferenz gerichtet ist, spricht vielmehr, daß nach § 812 in erster Linie das erlangte "Etwas" herauszugeben ist.¹⁹⁸ Das Bereicherungsrecht ist ebenso wie die Vorschriften der §§ 985 ff., 346 ff. primär auf gegenständliche Rückgewähr angelegt.^{199,200} Solange zwei ungleichartige, zur Erfüllung eines

196 Vgl. aber die zumindest mißverständliche Formulierung in BGHZ 1, 75 (81).

197 So aber PREISLER, Über die Anrechnung der Gegenleistung auf den Bereicherungsanspruch, S. 12; HORST, Die Beschränkung der Bereicherungshaftung, S. 105 f.; ORDEMANN, Die Haftungsbeschränkung des Bereicherungsschuldners, S. 132. Diese Auffassung läßt sich als die "strenge" Saldotheorie bezeichnen (vgl. DITTRICH, Die bereicherungsrechtliche Abwicklung, S. 7). Vgl. weiter FISCHER, Festschrift für Zitelmann, S. 1 (10 f.), der die abstrakte Bereicherung schon als das Erlangte im Sinne des § 812 Abs. 1 ansieht.

198 Vgl. V.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (368).

199 Vgl. WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 124; LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 I, II; ES-SER, Schuldrecht BT, § 105 I; FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 I. Die gegenständliche Betrachtungsweise entspricht der *condictio indebiti* im klassischen römischen Recht. Sie richtete sich grundsätzlich nicht auf die Abschöpfung von rechtsgrundlos erlangten abstrakten Vermögensvorteilen, sondern ermöglichte die Rückforderung der *sine causa* empfangenen *certa res* oder *pecunia* (vgl. KASER, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt, § 139 IV; V.TUHR, Festschrift für Bekker, S. 291 (297 ff.); FLUME, Festschrift für Nierdermeyer, S. 103 (129 ff.); DIESELHORST, Die Natur der Sache, S. 32 ff.; FLESSNER, a.a.O., S. 5).

fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erbrachte Leistungen noch in Natur vorhanden sind, steht daher grundsätzlich jeder

Auch die Gesetzesmaterialien zu § 739 Abs. 1 des 1. Entwurfs zum BGB (vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 463 (Motive)) müssen so ausgelegt werden, daß in erster Linie eine gegenständliche Rückgewähr der erbrachten Leistungen zu erfolgen hat (vgl. DIESSELHORST, a.a.O., S. 57; a.A. FLUME, NJW 1970, 1161 (1164)).

- 200 Auch bei nicht gegenständlichem Erwerb (z.B. Arbeitsleistungen, Nutzung fremder Sachen und Rechte) ist zwischen dem erlangten "Etwas" (§ 812 Abs. 1) und der Bereicherung (§ 818 Abs. 3) zu unterscheiden. Das "Etwas" ist der nicht gegenständliche Vorteil selbst. Ob dieses "Etwas" - etwa wegen Ersparnis von Aufwendungen - zu einer Vermögensvermehrung, d.h. einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage, geführt hat, ist erst für § 818 Abs. 3 wesentlich (so FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 V; BATSCHE, NJW 1969, 1743 (1744), und NJW 1972, 611 (613); v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (381); CANARIS, JZ 1971, 560 (561); ERMANN/H.P. WESTERMANN, § 812 Rdn. 3; GOETZKE, AcP 173, 289 (311); GURSKY, JR 1972, 279 (281); TEICHMANN, JuS 1972, 247 (249); KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 128; LARENZ, Schuldrecht BT, § 68 II; PINGER, MDR 1972, 101 (102). LIEB, NJW 1971, 1289 (1291 ff.), und REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 51, sehen schon eine Nutzungsmöglichkeit als das erlangte "Etwas" an).

Die Gegenmeinung steht auf dem Standpunkt, daß der Empfänger bei nicht gegenständlichem Erwerb nur etwas erlangt habe, wenn sich seine Gesamtvermögenslage verbessert, er also etwas erspart habe (so RGZ 97, 310 (312); RG HRR 36, Nr. 461; BGHZ 14, 7 (9); nicht ganz eindeutig BGHZ 55, 128 (131); weiter KELLMANN, NJW 1971, 862 (865); METZLER, MDR 1971, 633 (634)). Diese Auffassung erkennt aber, daß eine durch Ausgabenersparnis eintretende Verbesserung der Gesamtvermögenslage erst die Folge davon ist, daß der Empfänger "etwas" erlangt hat. Für eine Differenzierung zwischen dem erlangten "Etwas" und der Bereicherung auch bei nicht gegenständlichen Leistungen spricht weiter, daß sich der Anspruch des Gläubigers bei Wirksamkeit des Vertrages auf den nicht gegenständlichen Vorteil selbst richtet. Dieser ist Gegenstand der Erfüllung. Es empfiehlt sich, den Leistungsgegenstand im Rahmen der §§ 812 ff. nicht anders zu bestimmen als im Rahmen der §§ 362 ff.. Außerdem sieht das Gesetz in § 346 S. 2 den nicht gegenständlichen Vorteil selbst auch für die Rückabwicklung als Leistungsgegenstand an.

Nimmt man die genannte Differenzierung nicht vor, so läßt sich im übrigen auch schwer eine Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 begründen, wenn der Vergleich von hypothetischem und realem Kausalverlauf keine Verbesserung der Ge-

Partei ein Bereicherungsanspruch zu²⁰¹ Es können auch Leistungen zurückverlangt werden, die überhaupt keinen Vermögenswert haben.²⁰² Dies ist darauf zurückzuführen, daß das Bereicherungsrecht - auch die Leistungskondition - dem Rechtsgüterschutz dient.²⁰³ Der Rechtsgüterschutz verlangt in erster Linie konkrete Rückgewähr. Dies zeigt sich auch im Schadensersatzrecht, wo vorrangig Naturalrestitution (§ 249) und erst in zweiter Linie Geldersatz (§ 251) zu leisten ist.²⁰⁴ Es kann

samtvermögenslage ergibt. Eine solche Pflicht erweist sich aber in bestimmten Fällen als notwendig (vgl. unten S. 152 ff.).

Bei der Bestimmung des Wertes nicht gegenständlicher Leistungen gemäß § 818 Abs. 2 ergibt sich im übrigen eine Parallele zum Schadensersatzrecht: Hier wie dort stellt sich die Frage, inwieweit nicht gegenständliche Positionen (Arbeit, Nutzung, Zeit) Vermögenswert haben. Im Schadensersatzrecht besteht eine Tendenz zur Kommerzialisierung (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 33 II 2, Rdn. 822 ff.). Im Bereicherungsrecht ist eine großzügige Betrachtungsweise angezeigt, soweit das Korrektiv des § 818 Abs. 3 zur Verfügung steht (vgl. dazu im einzelnen unten S. 144 ff.).

201 Vgl. RGZ 108, 329 (336); 137, 324 (337); BGH NJW 1963, 1870 f.; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 146; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 45 c; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 41. Ein Anspruch auf gegenständliche Rückgewähr ist allerdings im Fall des Rechtserwerbs nach §§ 946 ff. ausgeschlossen (vgl. § 951 Abs. 1 S. 2).

202 Vgl. oben Fußn. 20.

203 Siehe oben S. 34 ff.

204 Im Schadensersatzrecht dient der Grundsatz der Naturalrestitution dem Integritätsinteresse des Gläubigers. Dieser wird nicht nur in seinem Interesse an der wertmäßigen Erhaltung seines Vermögens (dem sog. Wert- oder Summeninteresse) geschützt, sondern auch in seinem Interesse an der gegenständlichen Zusammensetzung seines Vermögens. Durch das Schadensersatzrecht darf der Geschädigte nicht gezwungen werden, sein verletztes Rechtsgut gewissermaßen zu verkaufen (vgl. dazu MEDICUS, a.a.O., § 33 II 2, Rdn. 818).

im übrigen für die Ausgestaltung des Rückgewähranspruchs keinen grundsätzlichen Unterschied machen, ob der Empfänger zum Zweck der Erfüllung einer nicht bestehenden Verpflichtung das Eigentum (infolge sog. kausaler Verknüpfung²⁰⁵) oder nur den Besitz an einer Sache (infolge sog. konditionaler Verknüpfung²⁰⁶) erlangt hat, ob also die §§ 812 ff. oder die §§ 985 ff. zur Anwendung kommen.

-
- 205 Die Möglichkeit einer bloß kausalen Verknüpfung von Verpflichtungsgeschäft und Zuwendung beruht bei rechtsgeschäftlichen Zuwendungen auf der gesetzgeberischen Entscheidung für das Abstraktionsprinzip, wonach etwa eine Übereignung grundsätzlich auch dann wirksam ist, wenn das zugrundeliegende Kausalgeschäft unwirksam oder nichtig ist (vgl. dazu BAUR, Sachenrecht, § 5 IV m.w.N. und oben Fußn. 93). In Fällen nicht gegenständlicher Leistungen und des Erwerbs aufgrund gesetzlicher Anordnung (vgl. §§ 946 ff.) ist die Zuwendung schon ihrer Natur nach von der Wirksamkeit eines Kausalgeschäfts unabhängig. Hier ist daher nur eine kausale Verknüpfung denkbar. Die These, die Leistungskondition schließe die Lücke, die sich durch das Abstraktionsprinzip ergeben habe (vgl. etwa RENGIER, AcP 177, 418 (421)), beschreibt somit die Funktion dieser Kondiktionsart nur unvollkommen.
- 206 Nach überwiegender Meinung können die Parteien die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts zur Bedingung des Verfügungsgeschäfts machen, soweit dieses nicht bedingungsfeindlich ist (vgl. z.B. § 925 Abs. 2). Vgl. zu diesem sog. Bedingungszusammenhang STAUDINGER/COING, Rdn. 35 vor § 104; FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 12 III 4. Eine solche Gestaltung wird teilweise für Geschäfte des täglichen Lebens angenommen (vgl. LEHMANN/HÖBNER, Allgemeiner Teil, § 27 III 1 m.w.N.). Allerdings erscheint es genauer, hier statt von einer Bedingung von einer Voraussetzung zu sprechen, da unter einer Bedingung im Sinne des § 158 nur ein zukünftiges Ereignis verstanden wird. Es wird auch die Meinung vertreten, Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft stellten grundsätzlich ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 dar (Lehre von der Geschäftseinheit, vgl. HECK, Grundriß des Sachenrechts, § 30 Nr. 8). Diese Lehre widerspricht jedoch der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Trennung beider Geschäfte, aus der auch zu entnehmen ist, daß die Fehlerhaftigkeit des einen im Regelfall den Bestand des anderen nicht berührt (so BGH NJW 1952, 60 (61); PALANDT/HEINRICHS, § 139 Anm. 4; LARENZ, Allgemeiner Teil, § 23 II 4; FLUME a.a.O., § 12 III 4; SOERGEL/HEFERMEHL, 11. Aufl., § 139 Rdn. 11; BAUR, Sachenrecht, § 5 IV 3 c). Ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 kann allenfalls dann angenommen werden, wenn Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Jedoch ist der Grundsatz eines primär auf gegenständliche Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen gerichteten Bereicherungsausgleichs mit dem Gedanken einer Abschöpfung der noch vorhandenen abstrakten Vermögensdifferenz nicht völlig

in einem einheitlichen Akt zusammenfallen (so ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., § 202 FuBn. 38; H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 4 IV 3; STAUDINGER/COING, Rdn. 35 vor § 104).

Ähnliche Rechtsfolgen wie diejenigen, die durch das Abstraktionsprinzip herbeigeführt werden, treten ein, soweit Sicherheiten bestellt werden, die in ihrem Bestand von der zu sichernden Forderung unabhängig sind (so gesetzlich vorgesehen im Fall der Grundschild, § 1192 Abs. 1, und regelmäßig im Fall der Sicherungsübereignung und -abtretung). Hier wird der Rechtsverkehr dann, wenn der Sicherungsnehmer trotz Nichtbestehens oder Erlöschens der Forderung über das Sicherungsrecht verfügt, ebenso wie durch das Abstraktionsprinzip geschützt. Jedoch können zumindest die Sicherungsübereignung und -abtretung auch unter der Voraussetzung des Bestehens bzw. der auflösenden Bedingung (vgl. § 158 Abs. 2) des Erlöschens der zu sichernden Forderung vorgenommen werden. Andere Sicherungsrechte (wie etwa die Hypothek, § 1113) sind schon von ihrer Rechtsnatur her vom Bestehen der zu sichernden Forderung abhängig (akzessorisch). Die Akzessorietät kann rechtssystematisch durchaus - untechnisch - als gesetzlich angeordnete Voraussetzung bzw. Bedingung verstanden werden. Schließlich ist das Abstraktionsprinzip auch mit der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht und der gesetzlich angeordneten Vertretungsmacht insoweit vergleichbar, als auch die Vertretungsmacht in ihrer Entstehung von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft unabhängig ist. Da das Abstraktionsprinzip im wesentlichen dem Verkehrsschutz dient, ist zweifelhaft, ob es auch zugunsten der Gläubiger in Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs gilt oder ob der Bereicherungsanspruch auf Rückübereignung nicht vielmehr ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO ist und zur Aussonderung gemäß § 43 KO berechtigt. Für die letztere Lösung spricht, daß ohne das Abstraktionsprinzip ein Anspruch aus § 985 gegeben wäre. Der Bereicherungsanspruch ist hier stärker als ein bloßer Verschaffungsanspruch, der weder für eine Drittwiderspruchsklage noch für eine Aussonderung eine hinreichende Grundlage bietet.

unvereinbar.²⁰⁷ Dieser Gedanke kann dadurch verwirklicht werden, daß die noch gegenständlich vorhandenen und zurückzugewährenden Leistungen wertmäßig bei der Feststellung des jeweiligen Saldos berücksichtigt werden. Der Bereicherungsanspruch des Empfängers der Leistung auf Rückgewähr der Gegenleistung kann als Aktivposten in die aufzustellende Rechnung aufgenommen werden. Solange beide ungleichartigen Leistungen noch in ihrem ursprünglichen Wert vorhanden sind, kann eine Schädigung des Empfänger vermögens dadurch verhindert werden, daß die Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren sind.²⁰⁸ Es könnte erforderlich sein, daß der Kläger die entsprechende Einschränkung seines Anspruchs bereits in seinem Klageantrag berücksichtigt.²⁰⁹ Soweit die Gegenleistung nicht in Natur zurückzugewähren, sondern lediglich ihr Wert nach § 818 Abs. 2 zu ersetzen ist, könnte der Anspruch auf gegenständliche Rückgewähr der Leistung dadurch eingeschränkt sein, daß er nur Zug um Zug gegen Wertersatz für die Gegenleistung besteht.²¹⁰ Soweit bei Untergang, Verschlechterung oder Wertverlust der Gegenleistung deren Wert (infolge der Regelung des § 818 Abs. 3) nicht nach § 818 Abs. 2 zu ersetzen ist und auch nicht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 iVm

207 KOPPENSTEINER/KRAMER (a.a.O., S. 146) sprechen insoweit von der "überschießenden dogmatischen Wirkung" der Saldotheorie.

208 Vgl. RGZ 137, 324 (336); RG Gruchot 67, 316; BGH NJW 1963, 1870 (1871); LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 II, III; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II; WEINTRAUD, Die Saldotheorie, S. 39; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 146.

209 Vgl. BGH NJW 1963, 1870 (1871); DITTRICH, Die bereicherungsrechtliche Abwicklung, S. 8.

210 Im Schadensersatzrecht werden auf ähnliche Weise der Differenzgedanke (Ausgleich für die Verschlechterung der Gesamtvermögenslage) und die Naturalrestitution (Ausgleich des Integritätsinteresses) verbunden. Z. B. kann dem Geschädigten im Rahmen der sog. Vorteilsausgleichung ein Anspruch auf Naturalrestitution (§ 249) Zug um Zug gegen Wertersatz für einen erlangten Vorteil zustehen. Ein Zug-um-Zug-Ausgleich ist auch in § 255 vorgesehen.

§§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung vorliegen, könnte dieser Vermögensverlust keinen Einfluß auf den Anspruch auf Rückgewähr der Leistung haben.²¹¹ Der Wertverlust bzw. die Wertminderung der Gegenleistung könnten - wie andere vermögensmindernde Nachteile des Empfängers auch - als Abzugsposten bei der Feststellung des sich beim Empfänger der Leistung ergebenden Saldos zu berücksichtigen sein.²¹² Wenn die Leistung einen höheren oder denselben Wert wie eine untergegangene Gegenleistung hat, dann unter-

Der durch den Zug-um-Zug-Ausgleich gewährleistete Differenzschadensbegriff, nach dem die reale Vermögenslage mit der hypothetischen zu vergleichen ist, die ohne das schadensbegründende Ereignis bestehen würde, weist insoweit eine Parallele zum Saldierungsgedanken auf, als danach auch im Bereicherungsrecht die reale und die hypothetische Gesamtvermögenslage zu vergleichen sind (vgl. dazu schon FISCHER, Festschrift für Zitelmann, S. 1 (12)). Der Unterschied liegt lediglich darin, daß die Differenzhypothese zur Feststellung von Vermögensminderungen und der Saldierungsgedanke zur Feststellung von Vermögensmehrungen dient.

Es besteht weiter nach der hier vertretenen Konzeption insoweit eine Gemeinsamkeit zwischen Schadensersatzrecht und Bereicherungsrecht, als beide Regelungen dem Rechtsgüterschutz dienen. Der Unterschied liegt hauptsächlich darin, daß das Schadensersatzrecht einen Ausgleich für die durch die Verletzung des Rechts eingetretene Einbuße, das Bereicherungsrecht hingegen einen Ausgleich wegen des durch die Beeinträchtigung des Rechts Erlangten schaffen will. In beiden Regelungskomplexen bestehen - um eines vollkommenen Rechtsgüterschutzes willen - Tendenzen, den Differenz- bzw. Saldierungsgedanken dadurch zu korrigieren, daß bestimmte Vorteile (im Schadensersatzrecht) oder Nachteile (im Bereicherungsrecht) nicht angerechnet werden (vgl. dazu HAGEN, Festschrift für Larenz, S. 867 ff.).

211 Nur in diesen Fällen hat die Saldotheorie einen Einfluß auf die materielle Risikoverteilung. Besteht wegen der untergegangenen, verschlechterten oder im Wert geminderten Gegenleistung eine Schadens- oder Wertersatzpflicht des Empfängers, wirkt sie sich lediglich auf die Art und Weise der Durchsetzung dieser Pflicht aus (durch automatischen Abzug des Wertes der Gegenleistung von der Leistung statt sonst erforderlicher Aufrechnung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts).

212 So etwa LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 b bb, Rdn. 225. Hinsichtlich bloßer Wertminderungen ist die Rechtsprechung jedoch nicht ganz eindeutig. Sie müßten aber konsequenterweise ebenso nach § 818 Abs. 3 berücksichtigt werden.

scheidet sich der hier erörterte Lösungsansatz somit wirtschaftlich nicht von einer selbständigen Schadens- oder Wertersatzpflicht für die Gegenleistung.²¹³ Hat die Leistung einen geringeren Wert als die untergegangene Gegenleistung, so trägt der Leistende das Risiko danach allerdings lediglich in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten Leistung, da § 818 Abs. 3 lediglich die Haftung des Empfängers der Leistung begrenzt.²¹⁴ Dann braucht er nur Zug um Zug Wertersatz

213 Dann entspricht die Risikoverteilung im Ergebnis derjenigen, die sich nach der oben erörterten korrigierenden Anwendung des § 323 Abs. 1 auf das Rückabwicklungsverhältnis ergibt, wonach der Empfänger das Risiko in Höhe des Wertes der empfangenen Leistung zu tragen hat (vgl. oben S. 83).

214 Es erscheint allerdings fraglich, ob danach im Fall einer bereicherungsrechtlichen Verpflichtung zur gegenständlichen Rückgewähr der Leistung überhaupt eine Anrechnung der Gegenleistung möglich ist. Es ist nämlich in diesem Fall zweifelhaft, ob und inwieweit überhaupt beim Empfänger der Leistung eine Vermögensmehrung eingetreten ist, da dieser ja von Anfang an mit der Rückgewährpflicht belastet ist. Gegen eine Vermögensmehrung läßt sich auch anführen, daß der Rechtserwerb des Empfängers in einem derartigen Fall lediglich Auswirkung des Abstraktionsprinzips ist, das im Verhältnis der Parteien untereinander geringe Bedeutung hat. Derjenige, der etwa das Eigentum nach § 929 ohne Rechtsgrund erlangt hat, kann danach nicht anders gestellt werden, als habe er lediglich den Besitz an der Sache erlangt. Ob die bloße Besitz-erlangung an einer Sache zu einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage führt, erscheint zweifelhaft. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß die Abzugsfähigkeit der Gegenleistung bei der beschriebenen Auslegung des § 818 Abs. 3 von der Art der erbrachten Leistung, d. h. ob sie gegenständlich zurückzugewähren ist oder nicht, abhängen kann. Dieses Ergebnis erscheint zumindest bedenklich.

Zu einem anderen Ergebnis kann man dann gelangen, wenn man der Vorschrift des § 818 Abs. 3 - entgegen ihrem Wortlaut - ein Verbot der Schädigung des Empfängervermögens über den Wert der Leistung hinaus entnimmt (so etwa KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 184). Aber auch danach braucht der Leistende das Risiko des Untergangs der Gegenleistung nicht in voller Höhe zu tragen, wenn er von der Rückforderung der - geringwertigeren - Leistung absieht. Der Leistende wird dann in diesem Fall seine Leistung nur - Zug um Zug gegen Wertersatz in Höhe des Wer-

in Höhe des Wertes der Leistung anzubieten.²¹⁵

Wenn man die vorstehenden Überlegungen zugrundelegt, könnte ein einziger uneingeschränkter Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. nur dann entstehen, wenn beide Leistungen nicht (mehr) gegenständlich zurückgewährt werden können oder müssen.²¹⁶

Gegen die Abzugsfähigkeit der Gegenleistung nach § 818 Abs. 3 läßt sich nicht einwenden, daß die Gegenleistung in vielen Fällen nicht im strengen Sinne kausale Folge des Empfangs der Leistung ist.²¹⁷ An einer solchen Kausalität fehlt es

tes der Gegenleistung - zurückverlangen, wenn er kein vermögensmäßiges, sondern ein immaterielles Interesse an der Rückabwicklung hat.

215 Dann entspricht die Risikoverteilung im wesentlichen derjenigen, die sich bei einer strengen Anwendung des § 323 Abs. 1 auf das Rückabwicklungsverhältnis ergibt (vgl. oben S. 82 f.). Da sich in beiden genannten Fällen eine Parallele zur entsprechenden Anwendung der §§ 323 ff. herstellen läßt, wird die Saldotheorie teilweise mit einem faktischen Synallagma (vgl. oben S. 76) begründet (vgl. v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (386); HONSELL, NJW 1973, 350; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6 D b). Ein Unterschied zwischen einer Risikoverteilung bei Anwendung der §§ 323 ff. und derjenigen bei einer Saldierung nach § 818 Abs. 3 besteht aber insoweit, als der Empfänger der Gegenleistung nach dem letzteren Lösungsansatz nicht das Risiko eines zufälligen Untergangs dieser Gegenleistung zu tragen hat, wenn sich dieser Untergang auch bei der anderen Partei ereignet hätte.

216 Auch in diesen Fällen können aber dann zwei Wertersatzansprüche entstehen, wenn der Vermögensnachteil, den die Gegenleistung für den Empfänger der Leistung bedeutet, geringer ist als der Vorteil, den die Gegenleistung ihrem Empfänger verschafft hat. Eine solche Fallgestaltung liegt etwa vor, wenn der Empfänger der Gegenleistung Nutzungen gezogen bzw. einen Gewinn erwirtschaftet hat und die andere Partei diese Vorteile sonst nicht erhalten hätte.

217 Zum Teil spricht man allerdings davon, daß die mit dem Bereicherungsverfahren in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehenden Vor- und Nachteile in Rechnung gestellt werden dürfen (vgl. z.B. RGZ 106, 4 (7); 141, 310 (312); 170, 65 (67); BGHZ 1, 75 (81); BGH WPM 1970, 1421 (1422); WPM 1972, 564 f.; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 818 Rdn. 22; ablehnend etwa FLUME, Festschrift für Niedermey-

zwar, wenn die Gegenleistung vorher oder gleichzeitig (Zug um Zug) erbracht wird. Gegen diese strenge Betrachtungsweise läßt sich jedoch anführen, daß die Risikoverteilung nicht von dem - zufälligen - Umstand abhängen darf, wann die Gegenleistung erbracht wird. Deshalb könnte ein innerer, wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den durch den Bereicherungsvorgang erlangten Vor- und Nachteilen ausreichen.²¹⁸ Es könnte überhaupt unerheblich sein, ob eine eingetretene Vermögensmehrung später wegfällt oder ob eine Leistung von vornherein nicht zu einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage führt.²¹⁹

er, S. 103 (151 ff.); v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (384 ff.); ESSER, Schuldrecht BT, § 100 VI; abweichend auch BGHZ 56, 179 f.).

- 218 So zuerst für die Gegenleistung WEINTRAUD, Die Saldotheorie, S. 45 ff. (vgl. auch BGH MDR 1959, 109 f.). Aus diesem Grunde kann auch die Nichtanrechnung einer an einen Dritten erbrachten Gegenleistung (etwa gegenüber einem Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1) nicht mit dem Argument begründet werden, diese Aufwendung sei nicht die Folge, sondern die Ursache der Bereicherung (so aber BGHZ 14, 7 (9 f.); gegen dieses Argument zu Recht ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 1 c; MEDICUS, a.a.O., § 28 IV 2 e, Rdn. 725; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 818 Rdn. 28; STRUTZ, NJW 1968, 141 f.). Vgl. weiter zu diesem Problemkreis unten Fußn. 256 und 258. Der Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs bedürfte allerdings noch einer Präzisierung (vgl. WEINTRAUD, a.a.O., S. 71 Fußn. 36; kritisch dazu v. CAEMMERER, a.a.O., S. 385; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 35; ORDEMANN, Die Haftungsbeschränkung des Bereicherungsschuldners, S. 168). Auch im Schadensersatzrecht wird die reine Kausalitätsbetrachtung durch wertende Elemente ergänzt (z. B. durch die Berücksichtigung von sog. Vorsorge- und Vorhaltekosten, so BGHZ 32, 280 (285, 287); BGH NJW 1976, 286; PALANDT/HEINRICHS, Vorbem. 2 c cc vor § 249; a.A. insoweit LARENZ, Schuldrecht AT, § 29 II f m.w.N.).

- 219 Vgl. BGHZ 55, 128 (131); GURSKY, JR 1972, 279 (282); KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 138; siehe auch unten S. 136.

§ 10 Die Anwendung des Saldierungsgedankens auch auf den bösgläubigen Empfänger

Es erscheint aber fraglich, ob der so verstandene Saldierungsgedanke in vollem Umfang auch zugunsten desjenigen Empfängers angewendet werden kann, der den Mangel des rechtlichen Grundes kennt.²²⁰ Ein Abzug der Gegenleistung könnte hier nicht zulässig sein, weil die in den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 in Bezug genommenen "allgemeinen Vorschriften", d.h. die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 ff.)²²¹, keine Saldierung vorsehen.²²²

Außerdem bestehen im Fall der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 Bedenken gegen die Abzugsfähigkeit der Gegenleistung des arglistig Täuschenden oder widerrechtlich Drohenden.²²³ Diese Frage ist nicht etwa deshalb nur theore-

220 Das Reichsgericht (vgl. RGZ 139, 208 (213)) wendete die Saldotheorie auch im Fall der Kenntnis des Empfängers von der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs an.

221 Vgl. zur Bedeutung des Verweises auf die "allgemeinen Vorschriften" im einzelnen unten S. 138 ff.

222 Der Bundesgerichtshof entnimmt den Vorschriften der §§ 818 Abs. 4, 819 f. die Wertung, daß § 818 Abs. 3 und damit auch die Saldotheorie unter den dort genannten Voraussetzungen nicht zur Anwendung kommt (BGHZ 57, 137 (149 ff.); ausdrücklich für den Fall der Rechtshängigkeit auch neuestens BGH DB 1979, 253; ebenso LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; WEINTRAUD, a.a.O., S. 36, 47, 76).

223 Die Kenntnis der Anfechtbarkeit steht gemäß § 142 Abs. 2 der Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit gleich (vgl. für § 819 Abs. 1 RGZ 151, 361 ff.; BGHZ 57, 137 (151); SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 819 Rdn. 12; STAUDINGER/SEUFERT, § 819 Rdn. 2; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 819 Rdn. 9 f.; a.A. hier RGZ 101, 389 ff.). Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. RGZ 49, 421 (424); 59, 92; RG WarnRspr 1910 Nr. 406; BGHZ 53, 144 (147); FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 IV 3; SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 818 Rdn. 43; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6 D) spricht sich gegen eine Anwendung der Saldotheorie zugunsten des arglistig Täuschenden und des widerrechtlich Drohenden aus (a.A. RGRK/HEIMANN-

tischer Natur, weil sich eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung immer auch auf das Erfüllungsgeschäft bezieht und deshalb immer nur ein Anspruch des Getäuschten oder Bedrohten nach § 985 gegeben ist, auf den § 818 Abs. 3 nicht anwendbar ist.²²⁴ Eine Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts nach § 123 ist jedoch nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb denkbar.²²⁵ In sonstigen Fällen, vor allem bei nicht gegenständlichen Leistungen (z.B. Arbeitsleistungen, Überlassung der Nutzung von Sachen und Rechten) und beim Rechtserwerb des Empfängers nach §§ 946 ff. kommt eine Anfechtung nicht in Betracht.²²⁶ Zumindest in diesen Fällen stellt sich das Problem der Abzugsfähigkeit der Gegenleistung auch bei arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung.

TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 65; differenzierend MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 c, Rdn. 228 ff.). Das Reichsgericht hatte allerdings die Saldotheorie gerade an einem Fall arglistiger Täuschung entwickelt (vgl. RGZ 54, 137 (140 ff.)).

- 224 Zum Teil wird die Saldotheorie allerdings auch auf den Anspruch aus § 985 angewendet (vgl. unten Fußn. 269). Eine Begründung dieser Auffassung mit einer entsprechenden Anwendung des § 818 Abs. 3 ist aber wohl nur vertretbar, wenn man aus dieser Vorschrift ein unbegrenztes Schädigungsverbot herleitet (vgl. dazu oben Fußn. 214).
- 225 Die Rechtsprechung (RGZ 70, 55 (57); BGH DB 1966, 818) bejaht für den Regelfall bei arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung eine Anfechtbarkeit auch des Verfügungsgeschäfts (so auch etwa PALANDT/HEINRICHS, § 123 Anm. 1). Im Fall des § 138 Abs. 2 bezieht sich die Nichtigkeit wegen des Tatbestandsmerkmals "sich gewähren läßt" ebenfalls auch auf das Verfügungsgeschäft (vgl. RGZ 57, 95 (97); 109, 201 (202); BGH NJW 1973, 612 (615); WOLFF/RAISER, Sachenrecht, § 138 II 2, S. 119 Fußn. 11; BAUR, Sachenrecht, § 5 IV 3 a).
- 226 Vgl. schon oben Fußn. 150. Meistens wird die Leistung des arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten in einer Geldzahlung bestehen. Handelt es sich um eine Banküberweisung, kommt ein Rückforderungsanspruch nach § 985 von vornherein nicht in Betracht. Vielmehr entsteht von vornherein ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2.

Eine Abzugsfähigkeit der Gegenleistung zugunsten des arglistig Täuschenden und widerrechtlich Drohenden ist allerdings nicht nach dem Rechtsgedanken des § 393 ausgeschlossen, der ein Aufrechnungsverbot enthält.²²⁷ § 393 bezieht sich nur auf Schadensersatzansprüche, die sich aus unerlaubter Handlung ergeben. Außerdem enthält diese Vorschrift keine materielle Regelung der Risikoverteilung, sondern betrifft lediglich die Art und Weise der Durchsetzung eines Anspruchs.²²⁸

Der Saldierungsgedanke könnte aber deshalb nicht zugunsten des arglistig Täuschenden anwendbar sein, weil der arglistig Getäuschte sonst schlechter als der Rücktrittsberechtigte stehen könnte, indem er auch bei zufälligem Untergang der empfangenen Gegenleistung einen Bereicherungsanspruch nur Zug um Zug gegen Wertersatz bis zur Höhe des Wertes der erbrachten Leistung geltend machen kann.²²⁹ Eine Besserstellung des Rücktrittsberechtigten ergibt sich im Fall des gesetzlich zugelassenen Rücktritts allerdings nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 327 S. 2.²³⁰ Auch läßt sich nicht aus § 350 herleiten, daß der Rücktrittsberechtigte für den

Liegt eine Barzahlung vor, so erlischt der Anspruch aus § 985 im Zeitpunkt der Vermischung (vgl. § 948), wenn man nicht der Lehre von der Geldwertvindikation folgt (so H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 30 V; ablehnend WOLFF/RAISER, Sachenrecht, § 84 III Anm. 6). Es entsteht auch dann ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch (nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2).

227 Ein ähnlicher Rechtsgedanke liegt den §§ 273 Abs. 2, 1000 S. 2 zugrunde.

228 Vgl. HONSELL, MDR 1970, 717 (719 f.); NJW 1973, 350 (351).

229 Vgl. etwa BGHZ 53, 144 (148).

230 Siehe oben S. 86 ff.

Dabei ist auch hier anzuführen, daß § 327 S. 2 allenfalls entnommen werden kann, der Empfänger solle wie ein Bereicherungsschuldner gestellt sein. Deshalb müßte die Saldotheorie auch im Rahmen dieser Vorschrift gelten.

zufälligen Untergang der empfangenen Leistung nicht haftet.²³¹ Jedoch ergibt sich aus §§ 347 S. 1, 989, daß der Empfänger nicht für die zufällig eintretende oder sonst nicht vom Empfänger verschuldete Unmöglichkeit der Rückgewähr oder Verschlechterung einer empfangenen Sache mit der Folge einzustehen hat, daß ihn eine Schadensersatzpflicht trifft.²³² Kann der Rücktrittsgegner unter den genannten Umständen schon keinen Schadensersatz verlangen, so scheidet hier auch ein Wertersatzanspruch gemäß oder entsprechend § 346 S. 2 aus, falls die empfangene Leistung nicht zu einer dauerhaften Vermögensvermehrung beim Empfänger geführt hat. Das Empfängervermögen kann nicht in Fällen mit einer (Wertersatz-)Verpflichtung belastet werden, für die keine Einbuße des Gläubigers vorausgesetzt wird, in denen der Gläubiger schon keinen Ersatz für eine Einbuße verlangen kann. Für die beschriebene Verteilung des Zufallsrisikos läßt sich anführen, daß auch der Rückgewähranspruch aus § 346 grundsätzlich nur entsteht, wenn der Gläubiger ein eigenes subjektives Recht für seine Leistung eingesetzt hat oder so

231 Vgl. oben S. 88.

Diejenigen, die § 350 als Gefahrtragungsregel ansehen, wenden teilweise die Rechtsgedanken der §§ 350, 351 auf die Saldotheorie entsprechend an, soweit sie dieser überhaupt folgen (vgl. etwa MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 c aa, Rdn. 229). Soweit man allerdings - wie SCHWENN, AcP 152, 138 (141 ff.) - § 350 lediglich dann in der genannten Weise anwendet, wenn der empfangene Gegenstand durch ein zufälliges Ereignis untergegangen ist, das sich auch beim Rücktrittsgegner ereignet hätte, deckt sich die Risikoverteilung insoweit mit der Saldotheorie. Es besteht dann aber noch insoweit ein Wertungswiderspruch zwischen dem Saldierungsgedanken und den Rücktrittsvorschriften, als nach dem Saldierungsgedanken auch dann ein Abzug der Gegenleistung erfolgen müßte, wenn der Untergang oder die Verschlechterung der Gegenleistung vom Empfänger der Leistung zu vertreten ist, etwa durch einen Mangel der Gegenleistung verursacht wurde (vgl. DIESSELHORST, Die Natur der Sache, S. 84 f., 88 f.).

232 Vgl. oben S. 93.

Wendet man auch die §§ 275 ff. auf die Rückgewährverpflichtung nach § 346 S. 1 an, so ergibt sich dies auch aus § 275.

behandelt werden muß, als habe er dies getan.²³³ Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Grundsatz "casum sentit dominus" für die Risikoverteilung herangezogen werden.^{234,235} Steht dem Gläubiger ausnahmsweise auch ein Rückgewähranspruch zu, wenn nur ein subjektives Recht eines durchgriffsberechtigten Dritten von der Leistung berührt wird,²³⁶

233 Vgl. oben S. 68 f.

234 Vgl. schon oben S. 97.

Gegen eine Zufallshaftung des Empfängers im Rückgewährschuldverhältnis sprechen auch die Gesetzesmaterialien. Der Wille des historischen Gesetzgebers ging vielmehr dahin, daß die Parteien untereinander so berechtigt und verpflichtet sein sollen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (vgl. MOTIVE, Bd. 2, S. 282). Die Zweite Kommission hat sogar nach eingehender Erörterung den Antrag, das Zufallsrisiko für die empfangene Leistung dem Rücktrittsberechtigten zuzuweisen, abgelehnt (vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 727 ff. (Protokolle)).

BEUTHIEN (JZ 1969, 570, und Studk., § 818 Anm. 5 d) spricht davon, daß der Rücktrittsgegner das "Rückholrisiko" als "Gegenrückleistungsgefahr" trägt. Auch beim auflösend bedingten Kauf gilt die Gefahrtragungsregel des § 446 nicht (vgl. SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, § 446 Rdn. 8; STAUDINGER/OSTLER, § 446 Rdn. 23 m.w.N.). Rücktritt und auflösende Bedingung führen mit Rückwirkung dazu, daß jede Partei das Zufallsrisiko für die von ihr eingesetzte Leistung trägt. Im römischen Recht war der Kauf mit Rücktrittsvorbehalt keine "emptio perfecta", so daß der Satz "periculum est emptoris" hier nicht galt (vgl. D. 18, 6, 8 pr. und D. 18, 1, 34, 6).

235 Daraus, daß der Empfänger nach erklärtem Rücktritt bei zufälligem Untergang und zufälliger Verschlechterung der empfangenen Leistung weder auf Schadensersatz noch auf Wertersatz haftet, ergibt sich ein zusätzliches Argument gegen eine Ausdehnung des § 351 auch auf den zufälligen Untergang und die zufällige wesentliche Verschlechterung des Leistungsgegenstandes. Eine solche Auslegung des § 351 würde auch zu einer ungerechtfertigten Unterscheidung danach führen, ob der Leistungsgegenstand vor oder nach Erklärung des Rücktritts untergegangen oder verschlechtert worden ist (vgl. dazu FLESSNER, NJW 1972, 1777 (1780)).

236 Vgl. oben S. 70.

so muß weder der Gläubiger noch der Empfänger, sondern der Dritte das Zufallsrisiko tragen.²³⁷

Die Rücktrittsvorschriften stellen den Empfänger der Gegenleistung somit besser, als dieser nach dem Saldierungsgedanken stehen würde. Der Saldierungsgedanke kann daher insoweit nicht zu Lasten des arglistig Getäuschten angewendet werden. Der arglistig Täuschende kann seine Gegenleistung nicht von der empfangenen Leistung abziehen.

Darüber hinaus würde es in allen Fällen, in denen der Empfänger die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs oder die Anfechtbarkeit des Vertrages kennt, dem Verbot des "venire contra factum proprium" widersprechen, wenn er das Risiko für Aufwendungen (zu denen auch die Gegenleistung gehört) ohne weiteres auf den Bereicherungsgläubiger abwälzen könnte.²³⁸

237 In diesen Fällen kann dem Gläubiger ohnehin kein Anspruch auf Schadens- oder Wertersatz an sich selbst zustehen (vgl. oben S. 70 f.).

238 Dafür läßt sich allerdings bezüglich der Gegenleistung nicht Sinn und Zweck der Vorschrift des § 814 mit der Begründung anführen, daß der Leistende, wenn ihm schon im Fall der Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit kein Bereicherungsanspruch zustehe, erst recht nicht die Leistung nach § 818 Abs. 3 als Gegenleistung von der Leistung seines Partners abziehen dürfe. Zwar stellt auch § 814 eine Ausprägung des Verbots des "venire contra factum proprium" dar (vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 172). Jedoch ist zweifelhaft, ob § 814 auch im Fall einer Leistung zum Zweck der Erfüllung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages zum Ausschluß der Rückforderung führt (vgl. FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 15 III 3 b). Leistungszweck desjenigen, der seine mangelnde Verpflichtung kennt, ist hier nicht nur die Erfüllung der Verbindlichkeit (causa solvendi), was in § 814 vorausgesetzt wird, sondern auch der Zweck, die Gegenleistung tatsächlich zu erhalten, auf die er keinen Anspruch hat (causa acquirendi). Der Leistende kann seine Leistung nur dann nicht zurückverlangen, wenn die Erreichung dieses bezweckten Erfolges von Anfang an unmöglich war und er dies gewußt hat (vgl. § 815).

§ 11 Die Anwendung des Saldierungsgedankens auf den gutgläubigen Empfänger

Man könnte § 818 Abs. 3 deshalb - zumindest hinsichtlich nachteiliger Auswirkungen des Erlangten auf das Empfänger- vermögen - lediglich im Fall der Gutgläubigkeit des Empfän- gers in bezug auf seine Berechtigung zum Behaltendürfen des Erlangten anwenden.²³⁹ Eine derartige Lösung erscheint aber zumindest insoweit als noch zu weitgehend, als von ihr auch Vermögensnachteile erfaßt werden, die mit dem möglichen Grund der Privilegierung des Gutgläubigen, nämlich dem Ver- trauen auf das Behaltendürfen der Leistung, in keinem inne- ren Zusammenhang stehen.²⁴⁰ Danach könnte etwa, um ein viel erörtertes Beispiel anzuführen,²⁴¹ der Schaden als Abzugs- posten berücksichtigt werden, den ein rechtsgrundlos ge- leisteter Hund dadurch anrichtet, daß er den Teppich des Empfängers zerbeißt oder einen Haftpflichtschaden herbei- führt.²⁴² Es erscheint überzeugend, daß solche Vermögensnach- teile nicht als Abzugsposten nach § 818 Abs. 3 behandelt werden können, sondern nur dann auf den Leistenden abge- wälzt werden können, wenn dieser einen besonderen schadens- ersatzrechtlichen Tatbestand (z.B. Verschulden beim Ver- tragsschluß, §§ 823 ff.) verwirklicht hat.²⁴³

239 Auch die Gesetzesmaterialien fassen § 818 Abs. 3 (ihm entspricht § 739 Abs. 1 des 1. Entwurfs zum BGB) als Begünstigung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners auf (vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 467 f., 472 (Motive)).

240 Vgl. ORDEMANN, Die Haftungsbeschränkung des Bereiche- rungsschuldners, S. 168.

241 Vgl. etwa WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 153; FLUME, Festschrift für Nieder- meyer, S. 103 (155).

242 Vgl. zur Problematik derartiger Folgeschäden etwa ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 1 c.

243 Aus den Gesetzesmaterialien läßt sich hingegen entneh- men, daß allein der Kausalzusammenhang ausreichen soll (vgl. MOTIVE, Bd. 2, S. 837).

§ 13 Die Gegenleistung als nach § 818 Abs. 3 absetzbarer Vertrauensschaden

Man könnte § 818 Abs. 3 als Regelung des Vertrauensschutzes ansehen und deshalb nur solche Aufwendungen abziehen, die der Empfänger im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs gemacht hat²⁴⁴, ohne daß es darauf ankommt, ob die Vermögensnachteile vor oder nach dem Erwerb entstanden sind. Zu diesen Aufwendungen könnte auch die Gegenleistung gehören,²⁴⁵ wobei es unerheblich sein könnte, ob die Gegenleistung vor Erbringung der Leistung oder Zug um Zug gegen Erbringung der Leistung erbracht worden ist.

Ob die Gegenleistung zu den Aufwendungen gezählt werden kann, die der Empfänger der Leistung im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs macht, erscheint allerdings fraglich, weil das Vertrauen, die Leistung endgültig behalten zu können, beim gegenseitigen Vertrag die Vorstellung umfaßt, zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein. Der Empfänger der Leistung rechnet im Regelfall nur dann endgültig nicht mehr mit einer Rückgewähr der Leistung, wenn die Gegenleistung erbracht ist. Trifft seine Vorstellung zu, d.h. ist der gegenseitige Vertrag wirksam, so muß der Empfänger, wenn die Gegenleistung nicht erbracht wird, mit einer Rückforderung der Leistung nach §§ 323 Abs.3, 812 ff. (bei nicht zu vertretener Unmöglichkeit der Gegenleistung) oder nach § 346 (nach dem Rücktritt des Gläubigers nach §§ 325, 326) rechnen.

244 Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung müssen die Vermögensnachteile darauf zurückzuführen sein, daß der Empfänger auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs vertraut hat, oder durch die Mangelhaftigkeit des Erlangten verursacht sein (so PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6 A b; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 35; ESSER, a.a.O., § 105 II 1 c; LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 II).

245 Vgl. ORDEMANN, a.a.O., S. 155 ff.

A. Die Anrechnung ohne weitere Zurechnungskriterien

I. Die Verschiebung der Risikoverteilung

Gegen eine Anrechnung der Gegenleistung - auch als Vertrauensschaden - läßt sich möglicherweise weiter anführen, daß sie den Leistenden ohne weitere Zurechnungskriterien wirtschaftlich mit den Folgen auch des zufälligen Untergangs, der zufälligen Verschlechterung und des zufälligen Wertverlustes der Gegenleistung belastet. Es könnte erforderlich sein, daß die Risikoverteilung bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge über die bisher erörterten Fälle der Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit und der Anfechtbarkeit des Vertrages hinaus mit derjenigen nach den Rücktrittsvorschriften deckungsgleich ist.²⁴⁶ Eine solche Wertungskongruenz könnte aber auch besonders im Fall der zu vertretenen Unmöglichkeit geboten sein. Hat der Empfänger - etwa bei teilweiser Unmöglichkeit - schon etwas erlangt, so erscheint es zweifelhaft, ob die Risikoverteilung von dem Umstand abhängen soll, ob dieser von dem Vertrag zurücktritt (vgl. § 325 Abs. 1 S. 2) oder mit der Folge des § 323 vom Vertrag Abstand nimmt (vgl. § 325 Abs. 1 S. 3)²⁴⁷, der Vertrag also nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt wird (§ 323 Abs. 3)²⁴⁸.

246 Vgl. etwa MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 c aa, Rdn. 229.

247 § 325 gewährt dem Berechtigten grundsätzlich ein fünfaches Wahlrecht (vgl. MEDICUS, a.a.O., § 14 I 2, Rdn. 286 ff.).

248 Die in § 323 Abs. 3 angeordnete Rechtsfolge läßt sich damit erklären, daß man die Unmöglichkeit der Leistung als auflösende Bedingung für die Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung ansehen könnte. Sähe das Gesetz die Regelung des § 323 nicht vor, so ergäbe sich der Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung daher aus § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. iVm § 158 Abs. 2. Vgl. dazu, daß auch der Rücktritt als auflösende (Wollens-)Bedingung verstanden werden kann, unten S. 134.
Der Bundesgerichtshof wendet die Saldotheorie allerdings auch auf den Anspruch aus §§ 323 Abs. 3, 812 ff. an (vgl. BGH LM Nr. 6 zu § 818 Abs. 3).

Eine Anrechnung der Gegenleistung nach § 818 Abs. 3 könnte aber erforderlich sein, weil ein uneingeschränkter Bereicherungsanspruch des Leistenden im Ergebnis zu einer Zufallshaftung des Empfängers der Leistung führen könnte.²⁴⁹ Eine Zufallshaftung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur in Ausnahmefällen vorgesehen (vgl. §§ 287 S. 2, 848).²⁵⁰ Deshalb könnte ein Bereicherungsanspruch des Leistenden ohne Wertersatz für eine untergegangene, verschlechterte oder im Wert geminderte Gegenleistung über die Fälle der Kenntnis des Empfängers der Leistung von der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs oder der Anfechtbarkeit des Vertrages nicht in Betracht kommen. Jedoch setzen die §§ 287 S. 2, 848 voraus, daß der Gegenstand der Leistungsverpflichtung selbst untergegangen ist. Demgegenüber führt eine den Rücktrittsvorschriften entsprechende Lösung lediglich dazu, daß der Empfänger der Leistung vermögensmäßig das Risiko des Untergangs der Gegenleistung zu tragen hat. Dabei ist zu bedenken, daß eine der Parteien die Gefahr des Untergangs, der Verschlechterung oder des Wertverlustes einer erbrachten Gegenleistung zwangsläufig tragen muß.²⁵¹ Dafür, daß derjenige, der die Gegenleistung unter Verwendung eigener subjektiver Rechte erbracht hat, auch mit den Folgen der genannten zufälligen Ereignisse belastet ist, läßt sich die Rechtsnatur der Leistungskondiktion als Regelung des Rechtsgüter-

249 Einige Autoren halten die Regelung des Zufallsrisikos durch die Rücktrittsvorschriften für eine gesetzespolitisch verfehlt Lösung, gegenüber der die Saldotheorie vorzuziehen sei (vgl. HUBER, JuS 1972, 439 (444); ESSER, a.a.O., § 105 II 2; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 45 a).

250 Diese Vorschriften zieht HONSELL (MDR 1970, 717 (719)) zur Einschränkung sowohl des § 350 als auch des § 818 Abs. 3 heran.

251 Deshalb betrachtet GLASS (Gefahrtragung und Haftung, S. 28) alle Gefahrtragungsregeln als "ungerecht".

schutzes anführen.²⁵² Daraus ergibt sich nicht nur, daß der Empfänger der Gegenleistung bei deren zufälligem Untergang regelmäßig (abgesehen vom Fall des § 287 S. 2) nicht einer selbständigen Schadens- oder Wertersatzpflicht ausgesetzt ist, sondern auch, daß ihm grundsätzlich ein uneingeschränkter Bereicherungsanspruch wegen seiner Leistung zusteht. Bei der Vermögenseinbuße des Empfängers der Leistung handelt es sich in den genannten Fällen nicht um die Folge einer Zufallshaftung, sondern um einen Ausfluß des Zufallsrisikos (für die Gegenleistung), das grundsätzlich jeder Rechtsinhaber trägt. Dieses Zufallsrisiko ist grundsätzlich auch dann in der beschriebenen Weise den Parteien zugewiesen, wenn die Leistungskondition lediglich Rechtsfortwirkungsanspruch ist.

II. Der Unterschied zur einseitigen Vorleistung

Außerdem läßt sich auch gegen den Saldierungsgedanken einwenden, daß er hinsichtlich der Gegenleistung zu einer unterschiedlichen Risikoverteilung danach führt, ob die Leistung schon erbracht worden ist oder nicht.²⁵³ Hat eine Partei die Leistung noch nicht erhalten, kann sie für die erbrachte und später untergegangene Gegenleistung und für sonstige Vermögensnachteile nur Ersatz verlangen, wenn ihr ein Scha-

252 Vgl. oben S. 34 ff.

Der Saldierungsgedanke kann nicht schon mit dem Argument abgelehnt werden, er könne auf die Dreiecksverhältnisse (etwa beim Doppelmangel) nicht angewendet werden, weil die Zwischenperson (z.B. der Anweisende) mit der Gegenleistung kein Vermögensopfer erbringt, da die Gegenleistung aus dem Vermögen eines Dritten stammt. Die in bestimmten Fällen notwendige Gleichstellung des Direktverwerbs mit einem Durchgangserwerb könnte man auch hier mit Hilfe einer Analogie erreichen (vgl. dazu oben S. 56 ff.). Soweit man nicht mit einer Analogie arbeitet, kommt die Saldotheorie allerdings in Dreiecksverhältnissen zu kaum lösbaren Schwierigkeiten.

253 Für eine derartige abweichende Behandlung der einseitigen Vorleistung aber BGH LM Nr. 2 zu § 818 Abs. 3; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 45 a; SOERGEL/SIEBERT/MUHL,

denersatzanspruch zur Seite steht. Bestehen zwischen den Parteien - wie in den hier zu erörternden Fällen - keine wirksamen vertraglichen Beziehungen, kommen als solche Tatbestände besonders das Verschulden beim Vertragsschluß und die §§ 823 ff. in Betracht. Vertrauensschäden können insbesondere unter den Voraussetzungen der §§ 122, 179 Abs. 2, 307, 309 ersetzt verlangt werden. Wenn die Leistung schon erbracht worden ist, führt der Saldierungsgedanke dazu, daß der Empfänger die Gegenleistung und andere Aufwendungen auch absetzen kann, wenn keiner der genannten Schadensersatzansprüche gegeben ist. Dem Empfänger der Leistung wird in diesen Fällen zwar nicht ein eigener Anspruch auf Ersatz für die erbrachte Gegenleistung und andere Aufwendungen gewährt, jedoch wird er wirtschaftlich bis zur Höhe des Wertes der empfangenen Leistung so gestellt, als stehe ihm ein solcher Ersatzanspruch zu. Die Unterscheidung danach, ob die Leistung bereits erbracht worden ist oder nicht, erscheint aber gerade deshalb zweifelhaft, weil ja nach dem Saldierungsgedanken auch Aufwendungen abzugsfähig sind, die der Empfänger bereits vor dem Empfang der Leistung gemacht hat.²⁵⁴ Für die durch den Saldierungsgedanken herbeigeführte unterschiedliche Risikoverteilung bei beiderseitigem Leistungsaustausch und einseitiger Vorleistung lassen sich auch sonst keine überzeugenden Argumente anführen.²⁵⁵ Vielmehr kann die Leistung allein nicht als hinreichender Grund für diese Dif-

§ 818 Rdn. 42; vgl. weiter die oben in Fußn. 181 Genannten; kritisch demgegenüber aber FLUME, a.a.O., S. 162; ESSER, a.a.O., § 105 II 2.

254 Vgl. oben S. 111 f.

255 Vgl. oben S. 94 f.

ferenzierung angesehen werden.²⁵⁶ Die Leistung selbst steht mit dem Vertrauen des Empfängers auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs in keinem inneren Zusammenhang. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß völlig verschiedene Ursachen zu einer Leistungskondition führen können. Nicht in jedem Fall erscheint es gerechtfertigt, einen Vertrauensschaden des Empfängers auf den Leistenden abzuwälzen, z.B. dann nicht, wenn die Leistung auf einem Irrtum beruhte, den der Empfänger selbst veranlaßt hat.²⁵⁷ Vielmehr braucht derjenige nicht für einen Vertrauensschaden einzustehen, der den Schaden weder verschuldet noch veranlaßt hat und dem der

256 Demgegenüber sieht STRUTZ (NJW 1968, 141 (142 ff.)) die Leistung als hinreichendes Zurechnungskriterium für eine Abzugsfähigkeit nach § 818 Abs. 3 an, während er eine Anwendung des § 818 Abs. 3 im Rahmen der Eingriffskondition grundsätzlich ablehnt. In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung (vgl. RGZ 98, 64 (65 f.); 106, 4 (7); BGHZ 47, 128 (130); 55, 176 (179 f.); OLG CELLE, MDR 1958, 845) die Abzugsfähigkeit einer an einen Dritten erbrachten Gegenleistung ablehnt (a. A. WEINTRAUD, a.a.O., S. 100 f.; ROTHOEFT, AcP 163, 215 (219 f.); FLUME, JZ 1962, 281 f.). Die Frage einer Anrechenbarkeit einer an einen Dritten erbrachten Gegenleistung entsteht aber im wesentlichen nur bei der Kondition wegen Bereicherung in sonstiger Weise (dazu gehört auch § 816 Abs. 1 S. 1), die einem durchgriffsberechtigten (früheren) Rechtsinhaber zusteht. Dies gilt besonders dann, wenn man bei der Leistungskondition für die Frage, wer Leistender ist, auf den Empfängerhorizont abstellt (vgl. oben Fußn. 23).

v. TUHR (Festschrift für Bekker, S. 291 (318 ff.)) folgt zwar der Zweikonditionentheorie (vgl. unten Fußn. 274), will aber schon bei Vorliegen einer Leistung § 122 entsprechend anwenden.

257 Vgl. RENGIER, AcP 177, 418 (424).

Schaden auch sonst nicht zugerechnet werden kann.²⁵⁸

Man könnte zwar die unbefriedigende Unterscheidung zwischen Leistungsaustausch und einseitiger Vorleistung dadurch vermeiden, daß man die der Saldotheorie entsprechende Risikoverteilung auch im Fall einseitiger Vorleistung vornimmt. Dies ist aber nur dadurch möglich, daß der Empfänger der Vorleistung mit einer selbständigen Wertersatzpflicht trotz Wegfalls der Bereicherung belastet wird.²⁵⁹ Diese Pflicht läßt sich jedoch nicht aus dem Ansatzpunkt der Saldotheorie, § 818 Abs. 3, herleiten. Außerdem läßt sich auch dann, wenn man auf diese Weise eine Gleichstellung beider Fallgruppen herbeiführt, noch nicht die angesprochene Grundfrage beantworten, warum sich aus § 818 Abs. 3 wirtschaftlich gewissermaßen eine schadensersatzrechtliche Haftung ergeben soll, ohne daß dafür ein besonderer Zurechnungsgrund gegeben ist.

258 Vgl. CANARIS, Die Vertrauenshaftung, S. 437 ff. Erst recht kann grundsätzlich auch keine Anrechnung der an den Gläubiger erbrachten Gegenleistung gegenüber dessen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 oder der ihm zustehenden Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise erfolgen, die etwa dann entstehen, wenn der Schuldner (wegen Unwirksamkeit auch der Übereignung) zunächst nur den Besitz an einer Sache erhalten hatte und dann diese Sache veräußert oder sich sonst zunutze gemacht hat. Hier fehlt es in der Regel schon an einem inneren Zusammenhang zwischen Erlangtem und Gegenleistung. Das Reichsgericht hat allerdings eine Saldierung mit der Gegenleistung auch dann vorgenommen, wenn infolge Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Verbrauchs oder Veräußerung einer Sache durch den Empfänger ein Bereicherungsanspruch des Gläubigers an die Stelle des Anspruchs aus § 985 getreten ist (vgl. etwa RGZ 60, 284 (291 ff.); 86, 343 (346); einschränkend verlangt WEINTRAUD, a.a.O., S. 77 f., einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen diesen Tatbeständen und der Gegenleistung). Auf jeden Fall erscheint die Auffassung der Rechtsprechung - gemessen an der dogmatischen Herleitung der Saldotheorie aus § 818 Abs. 3 - widersprüchlich, wenn sie bezüglich einer an den Gläubiger erbrachten Gegenleistung eine Saldierung gegenüber einem Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2, §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 oder § 816 Abs. 1 S. 1 zuläßt, während sie eine Anrechnung einer an einen Dritten erbrachten Gegenleistung gegenüber diesen Ansprüchen ablehnt (vgl. oben Fußn. 256; siehe dazu weiter KÖPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 140 f.).

259 Eine solche Wertersatzpflicht wird auch von einigen Ver-

III. Grundsätzlicher Einwand

Gegen die Anwendung des Saldierungsgedankens ohne weitere Zurechnungskriterien könnte schließlich sprechen, daß das Ziel, das durch die Anrechnung angestrebt wird, nämlich Schädigungen durch den Bereicherungsvorgang und -ausgleich zu vermeiden, überhaupt nicht in allen Fällen erreicht werden könnte. Dies erscheint dann zweifelhaft, wenn dieselbe Voraussetzung, von der eine Anrechnung nach § 818 Abs. 3 abhängig gemacht wird, d.h. hier Gutgläubigkeit, sowohl beim Empfänger der Leistung als auch beim Empfänger der Gegenleistung vorliegt. Beruht der Untergang, die Verschlechterung oder der Wertverlust der Gegenleistung auf Ereignissen, die nicht auch bei der anderen Partei eingetreten wären, muß eine der Parteien zwangsläufig infolge des Bereicherungsvorgangs geschädigt werden. Zwar begründet der Saldierungsgedanke keine selbständige Schadens- oder Wertersatzpflicht des Empfängers der Gegenleistung, die strenger als diejenige des Empfängers einer einseitigen Leistung sein und gegen ihn im Wege der Klage geltend gemacht werden könnte. Da dem Empfänger der untergegangenen, verschlechterten oder im Wert geminderten Gegenleistung jedoch als Kläger ein Bereicherungsanspruch nur Zug um Zug gegen Wertersatz zusteht, führt der Saldierungsgedanke dazu, daß bei ihm infolge des Bereicherungsvorgangs eine Vermögenseinbuße eintritt. Die Risikoverteilung von der Parteirolle (Kläger oder Beklagter) abhängig zu machen, erscheint allzu formal.²⁶⁰ Warum nur der Empfänger der Leistung, die noch wertmäßig im Vermögen des Empfängers vorhanden ist, schützenswert ist, läßt sich aus dem Saldierungsgedanken nicht hinreichend begründen. Eine Risikoverteilung wird durch den aus § 818 Abs. 3 entwickelten Gedanken des Schädigungsverbots nur als zufälliges Neben-

treten der Saldotheorie bejaht (vgl. etwa ESSER, a.a.O., § 105 II 2). Sie wird aber nicht ausdrücklich auf den Wert der noch nicht erbrachten Leistung begrenzt. Dies wäre aber im Interesse einer Gleichbehandlung mit dem beiderseitigen Leistungsaustausch notwendig.

260 A.A. aber KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 184 ff.

produkt erreicht.²⁶¹ Materielle Zurechnungsgesichtspunkte enthält dieser Lösungsansatz nicht.

Ganz allgemein läßt sich somit sagen, daß sich aus § 818 Abs. 3 nicht ohne weiteres herleiten läßt, der Empfänger könne Vermögensnachteile für sein sonstiges Vermögen auf den Bereicherungsgläubiger abwälzen. Diese Vorschrift stellt nicht generell eine Durchbrechung des Grundsatzes dar, daß jeder das Risiko für das von ihm eingesetzte Vermögen zu tragen hat.^{262,263}

261 So LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, S. 32 ff. und 52; HONSELL, NJW 1973, 350. Viele Entscheidungen gehen daher auch gar nicht auf die risikoverteilende Wirkung der Saldotheorie ausdrücklich ein.

262 Vgl. zum Grundsatz "casum sentit dominus" schon oben S. 97.
Mangels Abzugsfähigkeit der Gegenleistung führt eine bereicherungsrechtliche Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten regelmäßig dazu, daß der Empfänger der Leistung außer dem Risiko des Untergangs der Gegenleistung und der Insolvenz des Leistenden auch das Risiko der Durchsetzung des Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung zu tragen hat.

263 Aus den oben genannten Gründen ist es auch verständlich, wenn der Bundesgerichtshof die Saldotheorie als "Gesetzeskorrektur aus Billigkeitsgründen" bezeichnet (vgl. BGHZ 53, 144 (147) im Anschluß an LARENZ, Schuldrecht AT, 9. Aufl., § 25 II b).

B. Die Einschränkung der Anrechnung durch das Merkmal der Veranlassung

Aus diesem Grund könnte man Vertrauensschäden und damit auch die Gegenleistung nur insoweit nach § 818 Abs. 3 vom Wert der Leistung abziehen, als der Leistende diese veranlaßt hat.²⁶⁴ Jedoch stellt die Veranlassung kein im Zivilrecht allgemein geltendes Zurechnungskriterium dar.²⁶⁵ Nur wenn der eingetretene Schaden - wie etwa bei einem Irrtum nach § 119 - aus der Sphäre des Veranlassenden stammt, reicht sie für eine Zurechnung aus (vgl. § 122). In sonstigen Fällen (vgl. z.B. §§ 307, 309) kann ein Vertrauensschaden nur auf einen anderen abgewälzt werden, wenn er auf dessen Verschulden beruht.²⁶⁶

Gegen diese Auffassung - wie auch erst recht gegen die vorher erörterten Anforderungen an eine Saldierung nach § 818 Abs. 3 - läßt sich außerdem einwenden, daß sie den Schutz derjenigen, die weder nach §§ 104 ff. noch nach §§ 827 ff. verantwortlich handeln können, nicht hinreichend beachtet.²⁶⁷

264 Das Kriterium der Veranlassung sieht WILBURG (a.a.O., S. 138 ff.) als entscheidend für die Risikoverteilung an. Er geht bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages allerdings von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen aus, ohne daß die Möglichkeit einer Saldierung besteht. Für die Risikoverteilung zwischen den Parteien ist nach seiner Auffassung aber maßgeblich, inwieweit das Verhalten der Parteien Anlaß für die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung gegeben hat, was nur durch eine Analyse des Einzelfalls festzustellen ist (a.a.O., S. 147). Dabei soll es nicht auf ein Verschulden der Parteien, sondern auf ein "objektiv von den Regeln des Verkehrs abweichendes Verhalten" ankommen. Nach Wilburg ist schon all das objektiv verkehrswidrig, was sich in der Sphäre der jeweiligen Partei ereignet hat (a.a.O., S. 147; kritisch zu der Auffassung Wilburgs LESER, a.a.O., S. 35).

265 Deshalb lehnt FLUME (Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (151)) die Auffassung Wilburgs ab. Vgl. grundsätzlich zu den Anforderungen an die Zurechnung von Vertrauensschäden auch CANARIS, Die Vertrauenshaftung, S. 437 ff.

266 Vgl. RENGIER, AcP 177, 418 (424 f.).

267 WILBURG wendet das Veranlassungsprinzip auch zu Lasten des genannten Personenkreises an (a.a.O., S. 152 f.).

Sie belastet vielmehr diesen Personenkreis ebenfalls mit dem Risiko auch des zufälligen Untergangs, der zufälligen Verschlechterung und des zufälligen Wertverlustes der empfangenen Gegenleistung. Diese Folge tritt zwar nicht ein, soweit eine Zuwendung eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gemäß §§ 105, 107 unwirksam ist und deshalb ein Anspruch aus § 985 entsteht, auf den § 818 Abs. 3 nicht anwendbar ist. Der Saldierungsgedanke kann aber auch hier in Fällen nicht rechtsgeschäftlicher Leistungen zu einer Kollision mit den genannten Vorschriften führen, in denen den Empfänger der Leistung von vornherein lediglich eine Wertersatzpflicht trifft (vgl. z.B. §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2). Diese Kollision muß zugunsten des genannten Personenkreises entschieden werden, da der Schutzzweck der §§ 104 ff., 827 ff. jedem Verkehrsschutzinteresse vorgeht.

Auch das Reichsgericht wendete die Saldotheorie zum Teil zu Lasten des Geschäftsunfähigen an, um das Vertrauen des Rechtsverkehrs zu schützen (vgl. RGZ 32, 319 ff.; 60, 284 (291 ff.); 86, 343 (346 ff.); 163, 348 (360 f.); RG JW 1918, 132 f.; RG Gruchot 55, S. 963 (965 f.); siehe zur Rechtsprechung des Reichsgerichts insoweit weiter ausführlich LESER, a.a.O., S. 145 ff., und DIESELHORST, a.a.O., S. 166 ff., 193 ff.). Diese Auffassung wird teilweise auch in der Literatur vertreten (so etwa RGRK/SCHEFFLER, Rdn. 24 vor § 812; STAUDINGER/SEUFERT, § 818 Rdn. 40, 47; WEINTRAUD, a.a.O., S. 104 ff.). Überwiegend wird in der Literatur aber die Anwendung der Saldotheorie zu Lasten des Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten abgelehnt (vgl. LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 IV 3; MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 d, Rdn. 231; CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 104 f.; BLOMEYER, AcP 154, 527 (543)).

C. Die Anrechnung nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

Aus den genannten Gründen könnte man eine Anrechnung von Aufwendungen und damit auch der Gegenleistung nach § 818 Abs. 3 nur dann vornehmen, wenn nach den Wertungen der §§ 122, 179, 307, 309 und anderer Schadensersatzrechtlicher Normen eine Zurechnung erfolgen kann.²⁶⁸ Diese Lösung unterscheidet sich von einem völligen Ausschluß der Abzugsfähigkeit nach § 818 Abs. 3 lediglich dadurch, daß nach Austausch von Leistung und Gegenleistung nicht ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht oder eine Aufrechnung erklärt werden muß. Es entsteht dann entweder ein Anspruch auf gegenständliche Rückgewähr der Leistung Zug um Zug gegen Rückgewähr der Gegenleistung oder Wertersatz, oder es erfolgt eine automatische Verrechnung. Aber selbst die darin liegende geringfügige unterschiedliche Behandlung beiderseits ausgetauschter Leistungen gegenüber der einseitigen Vorleistung läßt sich nicht plausibel begründen.

Daraus ergibt sich, daß eine Anrechnung von Vertrauensschäden und damit auch der Gegenleistung nach § 818 Abs. 3 gegenüber einem Bereicherungsanspruch - wie auch gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch gemäß § 985²⁶⁹ - in keinem Fall mög-

268 Ähnlich RGZ 170, 65 (69).

269 Die Saldotheorie wird überwiegend nicht gegenüber der Vindikation angewendet, da § 985 eine völlig andere Rechtsnatur habe und die §§ 987 ff. eine abschließende Regelung darstellten (vgl. RGZ 129, 307 (309); 137, 206 (209 ff.)); RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., Rdn. 32 vor § 812 und § 812 Rdn. 64 f.; SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 818 Rdn. 43; WEINTRAUD, a.a.O., S. 97 ff.; a.A. etwa PREISLER, über die Anrechnung der Gegenleistung auf den Bereicherungsanspruch, S. 39; ähnlich KÜBL, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 221). Als wesentliches Argument gegen eine entsprechende Anwendung auf den Anspruch aus § 985 ist anzuführen, daß der bloße Besitz an einer Sache in der Regel wohl nicht einen Vermögenswert darstellt, gegenüber dem eine Saldierung vorgenommen werden könnte.

lich ist.^{270,271} Solche Vermögensnachteile kann der Empfänger lediglich mit Hilfe selbständiger Ansprüche, vor allem von Schadensersatzansprüchen, ersetzt verlangen.²⁷² § 818 Abs.3

Eine entsprechende Anwendung der Saldotheorie läßt sich nur bejahen, wenn man der Vorschrift des § 818 Abs. 3 ein Schädigungsverbot auch über den Wert der empfangenen Leistung hinaus entnimmt. Eine solche Auslegung erscheint jedoch zweifelhaft (vgl. schon oben Fußn. 214). Der Vergleich mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis spricht zumindest in den Fällen auch gegen eine Anrechnung gegenüber der Leistungskondiktion, in denen die Leistungskondiktion Folge des Abstraktionsprinzips ist. Das Abstraktionsprinzip dient im wesentlichen dem Verkehrsschutz und hat nach Sinn und Zweck im Verhältnis der Parteien der nicht bestehenden Verbindlichkeit eine geringe Bedeutung (vgl. oben Fußn. 93). Unter Hinweis auf die Widersprüche zu der Rechtslage bei der Rückabwicklung nach § 985 lehnen viele Autoren den Saldierungsgeanken insgesamt ab (vgl. v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (387); FLUME, a.a.O., S. 164; DIESELHORST, a.a.O., S. 64 ff.).

270 Weil eine Anrechnung ganz allgemein ausscheidet, ist die Ansicht zutreffend, § 819 Abs. 1 habe nichts mit der Gegenleistung zu tun (insofern ist ESSER, a.a.O., § 105 III 2 a, und KÖHNE, JR 1972, 112 (113), zu folgen).

271 Im Schadensersatzrecht wird die Differenzmethode in vergleichbarer Weise eingeschränkt (durch die Nichtanrechnung von erlangten Vorteilen, vgl. dazu MEDICUS, a.a.O., § 33 VI, Rdn. 854 ff.).

272 Der Eigentümer einer Sache, der das Eigentum rechtsgrundlos erlangt hat, kann Aufwendungen nur in demselben Umfang vom früheren Eigentümer ersetzt verlangen wie der Besitzer vom Eigentümer. Dies folgt daraus, daß das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander nur geringe Bedeutung hat. Der frühere Eigentümer ist daher einem Verwendungsersatzanspruch entsprechend §§ 994 ff. ausgesetzt. Diese Vorschriften sind nicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. gemäß § 292 Abs. 2 entsprechend anwendbar, sondern erst recht im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers (vgl. EMMERICH, Nebenfolgen, S. 149 f. und 164; DIESELHORST, a.a.O., S. 112; WIELING, AcP 169, 137 (151 f.)). Daneben kann dem Empfänger ein selbständiger Bereicherungsanspruch gegen denjenigen zustehen, dem die Aufwendungen zugute gekommen sind. Dieser Anspruch bemißt sich der Höhe nach aber nicht danach, was der Empfänger aufgewendet hat, sondern danach, was der andere erlangt hat. Außerdem ist dieser Anspruch durch § 818 Abs. 3 beschränkt. Er wird aber nicht durch die §§ 994 ff. ausgeschlossen (so aber BGHZ 41, 157 ff., wonach die §§ 994 ff. als ab-

kann daher nur auf den Untergang, die Verschlechterung und den Wertverlust der empfangenen Leistung selbst angewendet werden.²⁷³ Diese Lösung hat zur Folge, daß der Empfänger der Leistung, soweit ihm ein Anspruch nach §§ 812 ff. wegen einer erbrachten Gegenleistung gegen den Leistenden zusteht, das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 geltend machen oder die Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. erklären muß.²⁷⁴

Diese Auffassung wird durch einen Vergleich mit den Rücktrittsvorschriften bestätigt, nach denen ebenfalls keine Saldierung erfolgt, sondern eine Verbindung von Leistung und Gegenleistung bei der Rückabwicklung nur durch die entspre-

schließende Sonderregelung auch für den Fall anzusehen sind, daß keine Verwendungen im Sinne der §§ 994 ff. vorliegen; ähnlich WOLF, AcP 166, 188 (199 ff.), der die Ausschließlichkeit jedoch nur für Verwendungen im Sinne der §§ 994 ff. bejaht). Sonst würden Besitzer und Nichtbesitzer ohne einleuchtenden Grund ungleich behandelt (so vor allem - mit weiteren überzeugenden Argumenten - MEDICUS, a.a.O., § 34 V 1 b, Rdn. 897; PINGER, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 103 ff.). Anspruchsgrundlage für den Bereicherungsanspruch sind - je nach Fallgestaltung - §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 oder §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2.

Wenn jemand etwas unter Inanspruchnahme eines fremden Rechtsguts und mit eigenen Aufwendungen erlangt hat (vgl. den Fall des § 950), ist weiter zu berücksichtigen, daß sich der Wertersatzanspruch des Bereicherungsgläubigers (etwa aus §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2) nur auf den Wert dessen richtet, was der Empfänger "auf dessen Kosten" erlangt hat, und nicht die Werterhöhung umfaßt, die durch die eigenen Aufwendungen entstanden ist. - Aus denselben Gründen muß in den Fällen der Gewinnhaftung (vgl. oben Fußn. 93) dann ein bestimmter Betrag vom vollen Gewinn abgezogen werden, wenn der Bereicherungsschuldner den Gewinn nur durch besondere Vermögensaufwendungen hat erzielen können.

- 273 So auch RENGIER, AcP 177, 418 (430 f.).
Gegen diese Lösung läßt sich nicht anführen, es dürfe keinen Unterschied machen, ob z.B. der Empfänger einer Sache im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs diese oder eine gleichartige Sache verschenkt. Das Gesetz verteilt vielmehr die Risiken konkret hinsichtlich einzelner Gegenstände. Weil den Rechtssubjekten Rechte an einzelnen Gegenständen zugeordnet sind, ist auch der Bereicherungsanspruch als Rechtsfortwirkungsanspruch in erster Linie gegenständlich orientiert (vgl. oben S. 103 ff.).

- 274 Es ist somit der sog. Zweikondiktionentheorie zu folgen (vgl. z.B. DIESELHORST, a.a.O., S. 62 und 202).

chende Anwendung der §§ 320, 322 vorgesehen ist (vgl. § 348 S. 2).²⁷⁵ Das Erfordernis einer weitgehenden Wertungskongruenz zwischen der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht und derjenigen nach den Rücktrittsvorschriften läßt sich dogmatisch damit erklären, daß der Rücktritt als auflösende Wollensbedingung angesehen werden kann, deren Eintritt ohne die Sonderregelung der §§ 346 ff.²⁷⁶ einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. auslösen würde. Dem Umstand, daß der Rücktritt in den §§ 346 ff. besonders geregelt ist, kann kein Argument dafür entnommen werden, daß die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung wesentlich davon abhängen soll, ob ein Vertragsverhältnis durch Kündigung oder Widerruf endet und somit die §§ 812 ff. anwendbar sind oder ob es durch Rücktritt in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird.

275 Auch wenn die Voraussetzungen eines gesetzlich zugelassenen Rücktritts oder der Wandelung vorliegen, kann der Berechtigte die mit einer Gegenleistung verbundenen Risiken lediglich dann voll auf die andere Partei abwälzen, wenn zusätzlich die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs (nach §§ 325, 326, 463) gegeben sind.

276 Nach der im Vordringen befindlichen Meinung wird das Vertragsverhältnis durch den Rücktritt nicht mit Rückwirkung aufgehoben. Vielmehr wandelt es sich mit der Rücktrittserklärung ex nunc in ein Rückgewährschuldverhältnis um (so etwa WOLF, AcP 153, 97 (102); LARENZ, Schuldrecht AT, § 26 a; ESSER, Schuldrecht AT, § 30 III; STAUDINGER/KADUK, Vorbem. 19 vor § 346). Dieses Rückgewährschuldverhältnis findet seine Grundlage in dem durch den Rücktritt umgestalteten ursprünglichen Vertrag. Demgegenüber geht die früher herrschende Auffassung dahin, daß durch den Rücktritt das gesamte Vertragsverhältnis rückwirkend aufgehoben wird (vgl. RGZ 50, 255 (266 f.); 75, 199 (201); ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 38 II 1; SOERGEL/SIEBERT/SCHMIDT, Vorbem. 4 vor § 346). Von dieser Meinung ausgehend wird zum Teil angenommen, daß mit dem Anspruch aus § 346 ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. konkurriere (so etwa ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O.). Auch wenn man der im Vordringen befindlichen Meinung folgt, so werden doch insoweit die Rechtsfolgen des Rücktritts zurückbezogen, als eine Schadensersatzpflicht nach §§ 347 S. 1, 989 auch infolge von Handlungen während der Zeit vor Erklärung des Rücktritts eintreten kann. Eine ähnliche Rechtslage ergibt sich auch nach § 160 Abs. 2 und nach §§ 812 Abs. 1 S. 2, 820 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung.

3. Abschnitt: Die Verschärfung der Haftung des Empfängers bei Untergang oder Verschlechterung der Leistung und bei Fehlen einer dauerhaften Vermögensmehrung

Den vorstehenden Erörterungen läßt sich entnehmen, daß die Vorschriften der §§ 812, 818 Abs. 1, 2 und 3 im einzelnen folgende Funktionen haben:

Die §§ 812, 818 Abs. 1 ordnen an, daß primär das konkret Erlangte herauszugeben ist.

§ 818 Abs. 2 regelt, daß der Empfänger unter den dort genannten Voraussetzungen grundsätzlich zum Wertersatz verpflichtet ist, wenn das Erlangte - für sich gesehen - einen Vermögenswert darstellte.

§ 818 Abs. 3 beantwortet zunächst die Frage, wann der Empfänger gegenüber einer Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 geltend machen kann, der Erwerb habe keine dauerhafte Verbesserung seiner Gesamtvermögenslage bewirkt. Ein Wegfall der Bereicherung setzt deshalb voraus, daß sich kein positiver Gegenwert des Erlangten mehr im Vermögen des Empfängers befindet. Weiter ist erforderlich, daß der Empfänger keine Aufwendungen erspart hat, die er sonst gemacht hätte.

Ein Wegfall der Bereicherung könnte jedoch in Fällen nicht gegenständlichen Erwerbs (der Nutzung und des Verbrauchs fremder Rechtsobjekte und von fremden Dienstleistungen) grundsätzlich nicht in Betracht kommen, weil der Empfänger die erlangten Vorteile in diesen Fällen endgültig in sein Vermögen überführt haben könnte.²⁷⁷ Dagegen läßt sich aber anführen, daß dieser Erwerb zeitgebunden ist und daher nicht immer zu einer dauerhaften Vermögensmehrung führt.²⁷⁸ § 818 Abs. 3 könnte aber in diesen Fällen immer dann nicht anwendbar sein, wenn der Erwerb von Anfang an deshalb nicht zu einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage geführt hat, weil

277 So OSTENDORF, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, S. 93 ff.; vgl. auch KOPPENSTEINER, NJW 1971, 1769 (1774).

278 So GURSKY, NJW 1969, 2183 (2184); JR 1972, 279 (282); CANARIS, JZ 1971, 560 (561); REEB, Grundprobleme des Be-

der Empfänger keine Aufwendungen erspart hat, die er sonst gemacht hätte (bei sog. Luxusaufwendungen). Weil § 818 Abs. 3 ausdrücklich nur den Fall regelt, daß der Empfänger "nicht mehr bereichert" ist, könnten nach dieser Vorschrift nur solche Vermögensminderungen zu berücksichtigen sein, die nach dem Erwerb eingetreten sind.²⁷⁹ Dagegen spricht jedoch, daß es keinen Unterschied machen darf, ob ein Erwerbsvorgang zunächst zu einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage des Empfängers führt, die jedoch nicht dauerhaft ist, oder ob sie von vornherein keinen positiven Einfluß auf das Empfänger Vermögen hat.²⁸⁰ Auch im Interesse einer Gleichbehandlung mit gegenständlichem Erwerb ist deshalb in diesen Fällen eine Anwendung des § 818 Abs. 3 nicht von vornherein ausgeschlossen. Die gegenteilige Auffassung würde vielfach praktisch dazu führen, daß der Bereicherungsschuldner so behandelt wird, als habe er zu angemessenen Bedingungen kontrahiert.²⁸¹ Sie läßt sich auch nicht mit dem Argument begründen, der Rechtsgüterschutz erfordere es, daß die Nutzung eines fremden Rechts grundsätzlich nur gegen Entgelt möglich sei. Sie erscheint vielmehr zumindest für den gutgläubigen Empfänger untragbar, der glaubt, ein eigenes Recht zu nutzen oder ein fremdes Recht unentgeltlich oder zu günstigen Bedingungen nutzen zu dürfen.²⁸² Außerdem ist diese Auffassung mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähig-

reicherungsrechts, S. 121; LIEB, NJW 1971, 1289 (1292).

279 So MESTMÄCKER, JZ 1958, 521 (524); KLEINHEYER, JZ 1961, 473 (474 f.); BATSCHE, NJW 1969, 1743 (1745), und NJW 1972, 611 (613); BEUTHIEN, RdA 1969, 161 (167); MEDICUS, NJW 1970, 665 (666).

280 Vgl. BGHZ 55, 128 (130 ff.).

281 Dies gilt sogar ausnahmslos, wenn man in allen Fällen für § 818 Abs. 2 einen objektiven Wertbegriff (im Sinne des Marktwertes) postuliert (vgl. etwa PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 5 c; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 818 Rdn. 18; zur Gegenansicht vgl. unten Fußn. 327).

282 So JAKOBS, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, S. 38 ff., 149; HAINES, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen, S. 116 f.; im Ergebnis auch KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 168.

keit Beschränkten nicht zu vereinbaren. Somit kommt auch in den genannten Fällen eine Berufung des Empfängers auf § 818 Abs. 3 mit der Begründung in Betracht, er habe keine Aufwendungen erspart, die er sonst gemacht hätte.

Wie bereits festgestellt worden ist, kann der Empfänger aber niemals das Fehlen einer dauerhaften Verbesserung der Gesamtvermögenslage mit der Begründung geltend machen, er habe eine Gegenleistung erbracht oder sonstige Aufwendungen gemacht. Eine Berufung auf § 818 Abs. 3 kommt nur bei Untergang oder Verschlechterung des Erlangten und dann in Betracht, wenn es an einer dauerhaften Vermögensmehrung durch das Erlangte selbst fehlt.

Weiter kann man § 818 Abs. 3 entnehmen, daß der Bereicherungsschuldner im Fall der Vereitelung oder Beeinträchtigung einer gegenständlichen Rückgewährverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen von einer Schadensersatzpflicht nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln (§§ 275 ff. und positiver Forderungsverletzung) befreit ist.²⁸³

Die Beschränkung des § 818 Abs. 3 auf den Untergang, die Verschlechterung und die fehlende vermögenserhöhende Wirkung der empfangenen Leistung selbst könnte dazu führen, daß sich bei Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages jede Partei in demselben Umfang wie im Fall der Rückforderung einer einseitigen Leistung auf diese Vorschrift berufen darf.²⁸⁴

283 Hier von einem Wegfall der "Bereicherung" zu sprechen, ist - genau genommen - insofern nicht ganz korrekt, als der Erwerb wegen der von vornherein bestehenden gegenständlichen Rückgewährverpflichtung erst gar keine Verbesserung der Gesamtvermögenslage zur Folge gehabt hat.

284 So die strenge Form der sog. Zweikondiktionentheorie. Sie wurde zum Teil in der älteren Rechtsprechung (vgl. etwa RGZ 49, 421 (424); RG Recht 1907, Nr. 2503; WarnRspr 1910, Nr. 315) und Literatur (vgl. vor allem OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 818 Anm. 3 a; DJZ 1915, 1063 ff.; JW 1919, 377 ff.; Recht 1919, 329 ff.; v. TUHR, Festschrift für Bekker, S. 291 ff., und KRESS, Allgemeines Schuldrecht, II § 17 3 c) vertreten.

§ 13 Der Umfang der Haftung des Empfängers beim einseitigen Bereicherungsanspruch

Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst zu untersuchen, inwieweit § 818 Abs. 3 auch beim einseitigen Bereicherungsanspruch eingeschränkt ist. Zumindest diese Einschränkung ist auch bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge zu machen.

A. Die Haftung nach den gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 f. anwendbaren "allgemeinen Vorschriften"

Zunächst könnte sich eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 aus der Verweisung in §§ 818 Abs. 4, 819 f. auf die "allgemeinen Vorschriften" ergeben.

I. Die Haftung in den Fällen einer gegenständlichen Rückgewährverpflichtung

Zunächst können die "allgemeinen Vorschriften" Schadenersatzansprüche wegen der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Pflicht zur Rückgewähr gegenständlicher Leistungen vorsehen.

1. Die Haftung gemäß § 280 und aus positiver Forderungsverletzung

Als derartige "allgemeine Vorschriften" kommen § 280 und die positive Forderungsverletzung (§ 242) in Betracht. Als "allgemeine Vorschriften" im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 f. können grundsätzlich alle Vorschriften des Allgemeinen Teils des Schuldrechts (§§ 241 ff.) angesehen werden. §§ 818 Abs. 4, 819 f. beziehen sich nicht etwa nur auf Vorschriften, die

ihrerseits Rechtshängigkeit voraussetzen.²⁸⁵ Vielmehr kann der Regelung der §§ 818 Abs. 4, 819 f. entnommen werden, daß die bereicherungsrechtliche Rückgewährverpflichtung dann in vollem Umfang einer normalen schuldrechtlichen Verpflichtung gleichgestellt werden soll, wenn die dort genannten Voraussetzungen gegeben sind. Somit können sowohl § 280 als auch die positive Forderungsverletzung als "allgemeine Vorschriften" im Sinne der genannten Bestimmungen angesehen werden.

a) Haftungsmaßstab der §§ 276, 278

Der Empfänger einer gegenständlich zurückzugewährenden Leistung ist daher einer Schadensersatzpflicht aus § 280²⁸⁶ oder aus positiver Forderungsverletzung ausgesetzt, wenn er den Untergang oder die Verschlechterung des Leistungsgegenstandes nach §§ 276, 278 zu vertreten hat.

285 So aber etwa TEICHMANN, JuS 1972, 247 (250 m.w.N.). Andernfalls hätten die §§ 819 f. keine praktische Bedeutung, da durch die Verweisung in §§ 819 f. auf § 818 Abs. 4 nicht die Rechtshängigkeit des Anspruchs fingiert wird (vgl. unten S. 142 f.). Die Literatur sieht allerdings teilweise sogar nur die §§ 291, 292 als "allgemeine Vorschriften" im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 f. an (vgl. MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 26 I 1 b aa, Rdn. 661; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2 b; LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 IV; WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 184 f., unter Hinweis auf die Motive). Die Ansprüche aus § 280 und positiver Forderungsverletzung haben zwar im Fall der Verletzung einer auf Rückgewähr einer Sache gerichteten Verpflichtung geringe Bedeutung, weil insoweit Ansprüche nach §§ 818 Abs. 4, 819 f., 292, 298 gegeben sind (vgl. unten S. 143 f.). Die genannten Ansprüche sind jedoch dann wesentlich, wenn der Bereicherungsschuldner die Pflicht zur Rückabtretung eines ihm rechtsgrundlos verschafften Rechts verletzt, indem er etwa eine rechtsgrundlos erlangte Forderung dem Schuldner gemäß § 397 Abs. 1 erläßt.

286 Die Anwendung des § 280 scheitert nicht etwa daran, daß die Verpflichtung aus § 812 - ebenso wie die aus § 985 - keine Beschaffungsschuld, sondern lediglich eine Ausgleichsverpflichtung wegen rechtswidrigen Habens darstellt und der Rückgewähranspruch daher schon bei Besitzverlust entfällt. Wegen dieser Rechtsnatur des Bereiche-

Fraglich ist allerdings, inwieweit diese Schadensersatzpflicht auch den Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten trifft.

Ist gegenüber den genannten Personen Rechtshängigkeit eingetreten (vgl. § 818 Abs. 4), so haften sie, soweit die Voraussetzungen der §§ 827, 828 vorliegen (vgl. § 276 Abs. 1 S. 3). Problematischer ist die Frage einer Haftung im Fall der Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit (vgl. § 819 Abs. 1). Hier ist wesentlich, ob die Kenntnis des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen oder die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters maßgeblich ist, die dem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten nach § 166 Abs. 1 zugerechnet werden könnte.

Man könnte die §§ 104 ff. entsprechend anwenden, so daß es immer auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters von der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs ankommen könnte.²⁸⁷ Gegen eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. läßt sich jedoch anführen, daß der Bereicherungsanspruch - auch die Leistungskondiktion²⁸⁸ - kein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch ist,

rungsanspruchs tritt allerdings Unmöglichkeit im Sinne des § 280 schon bei Verlust oder Weitergabe des erlangten "Etwas" ein.

287 So ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 227 V 1 b; LEHMANN/HÜBNER, § 28 III 2 a; STAUDINGER/SEUFERT, § 819 Rdn. 1; MEDICUS, a.a.O., § 8 III 2, Rdn. 176; METZLER, NJW 1971, 690; PINGER, MDR 1972, 101 (103 Fußn. 40); grundsätzlich auch CANARIS, JZ 1971, 560 (562 f.). Andere wenden die §§ 104 ff. lediglich bei der Leistungskondiktion an, während sie bei der Eingriffskondiktion wegen ihrer deliktsähnlichen Natur eine entsprechende Anwendung der §§ 827 ff. befürworten (so LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 IV; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 819 Rdn. 7; PAWLOWSKI, JuS 1967, 302 (305 ff.); GURSKY, NJW 1969, 2183 (2184); wohl auch ERMANN/H.P.WESTERMANN, § 819 Rdn. 6).

Der Bundesgerichtshof (BGHZ 55, 128 (133, 136 f.)) wendet zwar, soweit der Schutzzweck der §§ 104 ff. seiner Ansicht nach reicht, diese Vorschriften analog an. Die §§ 827 ff. sollen jedoch jedenfalls dann entsprechend gelten, wenn sich der Geschäftsunfähige das Erlangte durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung verschafft hat (zustimmend TEICHMANN, JuS 1972, 247 (250); PALANDT/THOMAS, § 819 Anm. 2 e; KELLMANN, NJW 1971, 862 (865)).

288 Vgl. oben S. 7 ff.

sondern grundsätzlich dem Schutz eines Rechtsguts dient, das der Berechtigte im Fall der Leistungskondition zu einem bestimmten Zweck eingesetzt hat, der dann nicht erreicht worden ist.²⁸⁹ Bei Leistung einer Sache dient die Leistungskondition im wesentlichen dem Schutz des (früheren) Eigentümers oder des dinglich oder obligatorisch zum Besitz berechtigten (früheren) Besitzers. Das spricht dafür, für die Zurechnung der Kenntnis nach § 819 Abs. 1 dieselben Vorschriften heranzuziehen wie für die Zurechnung der Bösgläubigkeit nach § 990 Abs. 1. Dafür läßt sich vor allem auch die geringe Bedeutung des Abstraktionsprinzips im Verhältnis der Parteien untereinander anführen.²⁹⁰ Da es sich bei der Haftung nach §§ 989, 990 um eine Sonderform deliktischer Haftung gegenüber dem Eigentümer handelt,²⁹¹ kann hier dem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten die Bösgläubigkeit unter den Voraussetzungen der §§ 827 f. zugerechnet werden.²⁹² Dies muß jedenfalls insoweit auch im Rahmen des § 819 Abs. 1 gelten, als danach über § 818 Abs. 4 eine Schadensersatzpflicht angeordnet wird.²⁹³ Für

289 Vgl. oben S. 37.

290 Vgl. oben Fußn. 93.

291 So KÜBL, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, S. 157 f.; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 152; vgl. auch BROX, JZ 1965, 516 ff.; DIMOPOULOS-VOSIKIS, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003 BGB, S. 103 ff.

292 So PAWLOWSKI, JuS 1967, 302 (307); vgl. auch KOETHER-RUCHATZ, NJW 1973, 1444 (1446); MEDICUS, JuS 1974, 221 (223); a.A. PINGER, MDR 1974, 184 (187); METZLER, a.a.O. Folgerichtig kann auch die Kenntnis von Hilfspersonen entsprechend § 831 zugerechnet werden (so H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 14, 3; BAUR, Sachenrecht, § 5 II 1 c; MEDICUS, Bürgerliches Recht, § 23 II, Rdn. 581; SOERGEL/SCHULTZE-v.LASAUUX, 11. Aufl., § 166 Rdn. 16; a. A. etwa PALANDT/BASSENGE, § 990 Anm. 1 a).

293 So ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., § 151 Fußn. 7; DIESELHORST, Die Natur der Sache, S. 193 ff.; SOERGEL/SIEBERT/MOHL, § 819 Rdn. 6. Die Auffassung von CANARIS (JZ 1971, 560 (563)), der der Vorschrift des § 682 entnimmt, es komme auch für eine aus § 819 Abs. 1 hergeleitete Haftung auf Geschäftsfähigkeit an, ist abzulehnen. Indem § 682 auf das Bereicherungsrecht und damit § 819 Abs. 1 verweist, läßt er die Frage vielmehr offen.

eine entsprechende Anwendung der §§ 827 f. auf § 819 Abs. 1 zur Begründung einer Schadensersatzpflicht nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung läßt sich auch anführen, daß § 276 Abs. 1 S. 3 sogar ausdrücklich auf §§ 827 f. verweist.²⁹⁴

b) Haftung für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Rückgewähr nach §§ 284 Abs. 1 S. 2, 287 S. 2

Die Haftung nach § 280 könnte insoweit über das bisher erörterte Maß hinausgehen, als der Empfänger nach § 287 S. 2 auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Rückgewähr des Leistungsgegenstandes verantwortlich sein könnte. Diese Zufallshaftung kann den Empfänger zunächst auf jeden Fall unter der Voraussetzung des § 818 Abs. 4 treffen, da die Rechtshängigkeit gemäß § 284 Abs. 1 S. 2 der Mahnung gleichsteht und damit Verzugsvoraussetzung ist.²⁹⁵

Fraglich ist aber, ob infolge der Verweisung auf § 818 Abs. 4 in § 819 Abs. 1 schon derjenige einer Zufallshaftung ausgesetzt sein kann, der lediglich die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs kennt.²⁹⁶ Dagegen spricht, daß eine solche Haftung auch im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht allein infolge der Bösgläubigkeit des Besitzers eintritt (vgl. § 990 Abs. 2). Diese Regelung entspricht dem Grundsatz "casum sentit dominus". Wegen der Rechtsnatur auch der Leistungskondition als Regelung des Rechtsgüterschutzes und der beschränkten Bedeutung des Abstraktionsprinzips zwischen den Parteien muß dieser Grundsatz auch bei der Rückabwicklung nach §§ 812 ff.

294 Hier wird wieder deutlich, daß dem Gläubiger einer schuldrechtlichen Forderung inter partes der Gegenstand schon zugewiesen ist, auf den sich die Forderung bezieht, weil der Gläubiger im Innenverhältnis gewissermaßen "deliktisch" geschützt ist.

295 Jedoch tritt bei Rechtshängigkeit nicht in jedem Fall Verzug ein (vgl. LANGE, JZ 1964, 640 ff.; PALANDT/HEINRICH, § 285 Anm. 2).

296 So aber etwa ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 819 Rdn. 1.

gelten. Außerdem ist zu bedenken, daß auch in § 820 Abs. 1 auf § 818 Abs. 4 verwiesen ist. Dort sind aber Fälle geregelt, in denen der Empfänger überhaupt keine Veranlassung hat, den Leistungsgegenstand zurückzugewähren.²⁹⁷ Aus diesen Gründen führt die Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit nicht zu einer Fiktion der Rechtshängigkeit. Sie kann daher auch keinen Verzug und damit auch keine Zufallshaftung begründen.²⁹⁸ Vielmehr ist der Empfänger bei auf Zufall beruhender Unmöglichkeit der Rückgewähr des Leistungsgegenstandes von einer Schadensersatzpflicht befreit. Dies ergibt sich aus § 275, der als "allgemeine Vorschrift" im Sinne der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 angesehen werden kann.

2. Die Haftung gemäß §§ 292 Abs. 1, 989

Außerdem kann der Empfänger dann, wenn er die Verschlechterung, den Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr einer Sache verschuldet hat, gemäß §§ 292 Abs. 1, 989 zum Schadensersatz verpflichtet sein. Eine solche Schadensersatzverpflichtung besteht in jedem Fall nach Rechtshängigkeit. Diese Haftung greift aber auch im Fall der Kenntnis (§ 819 Abs. 1) ein. Auch wenn durch die Verweisung auf § 818 Abs. 4 in § 819 Abs. 1 nicht Rechtshängigkeit fingiert wird, führt dies nicht etwa dazu, daß § 292 nicht angewendet werden kann. § 292 gilt vielmehr trotzdem zumindest entsprechend, weil

297 Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 156 f. Dies wird auch aus der Regelung des § 820 Abs. 2 deutlich.

298 Bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge ist außerdem zu berücksichtigen, daß dem Empfänger im Regelfall ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 wegen der erbrachten Gegenleistung zusteht und es deshalb zweifelhaft ist, ob er schuldhaft im Sinne des § 285 gehandelt hat. Nach überwiegender Auffassung (vgl. RGZ 77, 435 (438); BGH WPM 1971, 1020 (1021)) bedarf es zwar beim Zurückbehaltungsrecht wegen § 273 Abs. 3 der Geltendmachung, um den Verzug auszuschließen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob man dies bei schlichter Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit ebenfalls annehmen

auch im Rahmen der §§ 987 ff. die Bösgläubigkeit der Rechtshängigkeit gleichgestellt ist (vgl. § 990 Abs. 1). Dabei ist zu berücksichtigen, daß eine direkte Anwendung der §§ 987 ff. nur wegen des Abstraktionsprinzips ausscheidet. Dieses Prinzip hat jedoch im Verhältnis der Parteien untereinander nur eine geringe Bedeutung.

II. Die Haftung in den übrigen Fällen

Es fragt sich weiter, ob sich aus der Verweisung durch §§ 818 Abs. 4, 819 f. auf die "allgemeinen Vorschriften" herleiten läßt, daß in den Fällen eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 ausgeschlossen ist, in denen das Erlangte nicht gegenständlich zurückzugewähren ist, sondern von vornherein lediglich eine Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 in Betracht kommt. Dies ist etwa beim Verbrauch und der Nutzung fremder Rechtsobjekte und beim Rechtserwerb nach §§ 946 ff. (vgl. § 951 Abs. 1) der Fall.

1. Die Haftung gemäß § 279

Zunächst könnte sich aus § 279 ergeben, daß eine einmal eingetretene Wertersatzhaftung des Empfängers nach § 818 Abs. 2 auch bei Wegfall der Bereicherung erhalten bleibt.²⁹⁹ Auch § 279 kann als "allgemeine Vorschrift" im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 f. angesehen werden. Ob der Bestimmung

kann. Wenn der Empfänger von seinem Gläubiger noch gar nicht in Anspruch genommen worden ist, hat er gar keine Veranlassung dazu, überhaupt ein Gegenrecht geltend zu machen.

²⁹⁹ So BGHZ 53, 144 (149); BAG MDR 1961, 355 f.; FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 VII 1 b; CANARIS, JZ 1971, 560 (562).

des § 279 die genannte Rechtsfolge entnommen werden kann, erscheint jedoch zweifelhaft. Dagegen läßt sich anführen, daß § 279 den Gläubiger lediglich gegen das Unvermögen des Schuldners zur Leistung aus der Gattung schützen will. Folglich greift diese Vorschrift bei Geldwertschulden wie derjenigen aus § 818 Abs. 2 nur im Fall des Geldmangels des Schuldners ein.³⁰⁰ Aus ihr kann keine Aussage darüber gewonnen werden, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Erwerb keine dauerhafte Vermögensmehrung beim Empfänger bewirkt hat. § 279 kann daher weder eine bereicherungsrechtliche Haftung begründen noch eine solche trotz Wegfalls der Bereicherung fortbestehen lassen.

2. Die Einschränkung des § 818 Abs. 3 mangels ausdrücklicher Regelung einer Haftungsbefreiung in den "allgemeinen Vorschriften"

Eine bereicherungsunabhängige Wertersatzhaftung des Empfängers nach § 818 Abs. 2 könnte sich unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. aber aus Sinn und Zweck der Verweisung auf die "allgemeinen Vorschriften" ergeben. Aus dieser Verweisung könnte man entnehmen, daß eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nur insoweit möglich sein soll, als es die "allgemeinen Vorschriften" ausdrücklich zulassen. Mangels einer dem § 818 Abs. 3 entsprechenden Regelung in den "allgemeinen Vorschriften" könnte der Empfänger daher auch dann zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verpflichtet sein, wenn der Erwerb nicht zu einer dauerhaften Verbesserung seiner Gesamtvermögenslage geführt hat.³⁰¹

300 Grundgedanke des § 279 ist lediglich, daß jeder für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzustehen hat (vgl. ERMAN/BATTES, § 279 Rdn. 4 f.).

301 Vgl. RG DR 39, 634; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 7 c; RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 818 Rdn. 46; PINGER, MDR 1972, 101 (103).

Dagegen spricht jedoch, daß es für die Frage, wer das Risiko des Wegfalls der Bereicherung zu tragen hat, keinen Unterschied machen darf, ob der Leistende dem Empfänger z. B. ein Grundstück mit Haus übereignet hat und ihm deshalb ein Anspruch auf Rückgewähr gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 f. Alt. zusteht, oder ob er lediglich auf dem Grundstück des Empfängers ein Haus errichtet hat und daher nur Wertersatz gemäß §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 beanspruchen kann. Es ist nicht einsichtig, warum die Risikoverteilung in den genannten Fällen unterschiedlich sein soll, wenn etwa das Haus später abbrennt. Auch im letzteren Fall, in dem der Bereicherungsanspruch als sog. Rechtsfortwirkungsanspruch das verlorengegangene Eigentum des Leistenden ersetzen soll, muß der Empfänger zumindest das Zufallsrisiko tragen, weil er nicht besser stehen darf, als wenn er Eigentümer geblieben wäre. Deshalb ist in diesem Fall der Umfang der Wertersatzpflicht an das Schicksal des Erlangten geknüpft.³⁰²

Eine Wertersatzhaftung würde außerdem zumindest dann, wenn die Entreichung auf einem dem Empfänger nicht zurechenbaren Umstand beruht, praktisch einen nicht gerechtfertigten Kontrahierungszwang bedeuten und damit gegen Sinn und Zweck aller Normen verstoßen, die die Nichtigkeit eines Vertrages anordnen.

Deshalb kann die Verweisung auf die "allgemeinen Vorschriften" in §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht so verstanden werden, daß dadurch die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung grundsätzlich ausgeschlossen werden soll.³⁰³ Die genannten Vorschriften wollen insoweit lediglich auf Bestimmungen verweisen, die eine Haftung trotz Wegfalls der Bereicherung besonders anordnen.³⁰⁴

302 Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 155 f. Sie sprechen insoweit von einer "ancillarischen Funktion" der Wertersatzhaftung nach § 818 Abs. 2.

303 So im Ergebnis auch OGH NJW 1950, 642.

304 In der Literatur wird teilweise vertreten, daß sich der Bösgläubige in demselben Umfang wie der Gutgläubige auf § 818 Abs. 3 berufen darf, soweit nicht die "allgemeinen Vorschriften" etwas anderes anordnen (so LIEB, NJW 1971, 1289 (1291); WILHELM, Rechtsverletzung

B. § 818 Abs. 3 als offener Tatbestand

Es könnte aber erforderlich sein, § 818 Abs. 3 stärker einzuschränken, als dies durch die Verweisung auf die "allgemeinen Vorschriften" in §§ 818 Abs. 4, 819 f. geschieht. Weil die herkömmliche Auslegung des § 818 Abs. 3 zu starr sein könnte, könnte man sämtliche Umstände berücksichtigen, die zu Entstehen und Wegfall der ungerechtfertigten Bereicherung geführt haben.³⁰⁵ Dabei könnte man von der Überlegung ausgehen, daß es sich bei dem Untergang oder der Verschlechterung des Erlangten und der Entreichung des Empfängers um Vermögenseinbußen handelt, die nicht grundsätzlich zu Lasten einer Partei gehen dürfen. Man könnte deshalb § 818 Abs. 3 als offene Norm ansehen, die erst noch durch bestimmte Wertungen ausgefüllt werden muß.³⁰⁶ Als Kriterien, die dazu dienen könnten, den eingetretenen Schaden gerecht zu verteilen, könnte man vor allem heranziehen, wer den Bereicherungsvorgang, den Mangel des rechtlichen Grundes und den Wegfall der Bereicherung verursacht oder verschuldet hat bzw. in wessen Risikobereich diese Umstände fallen.³⁰⁷ Außerdem könnte man den Schutzzweck der die Nichtigkeit eines Vertrages anordnenden Norm berücksichtigen.³⁰⁸

und Vermögensentscheidung, S. 185).

305 So FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, S. 108 ff., und NJW 1972, 1777 ff.; ähnlich SCHNITZLER, JZ 1972, 270 (272). Flessner entwickelt seine Gedanken zwar vorwiegend anhand des einseitigen Bereicherungsanspruchs, schlägt aber eine Übertragung auf die Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages vor (vgl. Wegfall der Bereicherung, S. 159 f.).

306 So FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, S. 103, 112; SCHNITZLER, JZ 1972, 270 (272).

307 Vgl. FLESSNER, a.a.O., S. 112 ff.

308 Diesen Gesichtspunkt hebt SCHNITZLER (a.a.O.) besonders hervor (vgl. auch FLESSNER, a.a.O., S. 135 ff.). FLESSNER stellt darüber hinaus noch auf die Art des Schadens (vgl. a.a.O., S. 131 ff.), die Belastbarkeit der Parteien (vgl. a.a.O., S. 133 ff.) und den Zusammenhang von Nutzen und Gefahr (vgl. a.a.O., S. 125 ff.) ab.

Die relevanten Umstände könnten im Einzelfall bei der Beantwortung der Frage gegeneinander abzuwägen sein, ob der Bereicherungsschuldner, der Gläubiger oder beide zu einem bestimmten Anteil den Schaden zu tragen haben.³⁰⁹ Für diese Lösung könnte ihre Flexibilität sprechen. Andererseits gibt sie keine Anhaltspunkte dafür, welcher Gesichtspunkt mit welchem Gewicht im Einzelfall zu berücksichtigen ist. Sie führt damit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Es handelt sich um eine topische Betrachtungsweise,³¹⁰ die jede Anbindung an ein System vermissen läßt.³¹¹ Fraglich ist außerdem, wie sich diese Lösung mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen vereinbaren läßt.³¹² Gesichtspunkte wie die Verursachung und das Verschulden sind Kriterien, die im allgemeinen nur im Rahmen einer Schadensersatzrechtlichen Haftung Bedeutung haben.³¹³ Eine solche Schadensersatzrechtliche Haftung tritt aber nur ein, wenn die Voraussetzungen einer Norm verwirklicht sind, die eine Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge anordnet. Nur dann können die genannten Gesichtspunkte Einfluß auf die Risikoverteilung haben.³¹⁴ Die Verursachung und das Verschulden

309 FLESSNER, a.a.O., S. 140, 162. Er sieht seinen Lösungsansatz als offenes System von Zurechnungsgründen (vgl. a.a.O., S. 153 ff.).

310 Vgl. zur topischen Argumentation allgemein VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, passim; zu den Gegenargumenten vgl. etwa LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 138 ff.; DIEDERICHSEN, NJW 1966, 697 ff.

311 Darauf weisen auch RENGIER (AcP 177, 418 (428)) und WILHELM (Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 72 Fußn. 47) hin.

312 Auf diese Frage geht FLESSNER nicht näher ein (vgl. a.a.O., S. 135 f., 141).

313 Vgl. für das Verschulden am Rücktrittsgrund schon oben S. 89 f.

314 Vgl. auch oben S. 132 zur Zurechnung von Vertrauensschäden.

einer Partei hinsichtlich der zur Rückabwicklung führenden Umstände werden im Rahmen von Ansprüchen aus culpa in contrahendo, §§ 122, 179, 307, 309, 823 ff. berücksichtigt. Das Verschulden des Empfängers an der Verschlechterung, dem Untergang oder einer anderweitigen Unmöglichkeit der gegenständlichen Rückgewähr des Erlangten führt grundsätzlich nur dann zur Einschränkung des § 818 Abs. 3 und damit zur Risikoentlastung des Gläubigers, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung gegeben sind.³¹⁵ Im Rahmen dieser Schadensersatzansprüche werden die beiderseitige Verursachung und das beiderseitige Verschulden an der Entstehung des Schadens gegeneinander abgewogen (vgl. § 254). Würde man eine derartige Abwägung darüber hinaus immer bei einem Wegfall der Bereicherung vornehmen, würde der Bereicherungsgläubiger unangemessen begünstigt.³¹⁶ § 818 Abs. 3 hat gerade den Zweck, einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers auszuschließen.³¹⁷ Gegen eine undifferenzierte Berücksichtigung von Gesichtspunkten wie Verursachung und Verschulden spricht grundsätzlich auch, daß durch das Bereicherungsrecht lediglich ein rechtswidriges Haben ausgeglichen werden soll.³¹⁸

315 Bei nicht gegenständlich zurückzugewährendem Erwerb läßt sich auch dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242) nicht entnehmen, daß die Verursachung und das Verschulden seitens des Empfängers unter großzügigeren Voraussetzungen zu einer Einschränkung des § 818 Abs. 3 führen (vgl. unten S. 150 ff.).

316 Wegen der generellen Berücksichtigung des Mitverschuldens (über § 242) ist auch die Entscheidung BGHZ 57, 137 (152 f.) abzulehnen (ebenso RENGIER, a.a.O., S. 428; LIEB, JZ 1972, 442 (444); HONSELL, NJW 1973, 350 (352)).

317 Vgl. zum Vorstehenden auch KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 122.

318 Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 84 ff. Obwohl nach der hier vertretenen Grundkonzeption sowohl das Bereicherungsrecht als auch das Schadensersatzrecht dem Rechtsgüterschutz dienen, besteht doch ein wesentlicher Unterschied: Das Schadensersatzrecht ist am Vermögen des Trägers des beeinträchtigten Rechtsguts orientiert, dessen Einbußen es ausgleicht. Das Bereicherungsrecht ist demgegenüber am Vermögen des Empfängers orientiert.

Gegen eine unterschiedliche Behandlung der Fälle je nach dem Schutzzweck der die Nichtigkeit eines Vertrages anordnenden Norm läßt sich anführen, daß sich deren Zweck in der Anordnung der Nichtigkeit erschöpft. Soweit die Parteien trotz der Nichtigkeit in der Lage sind, das Geschäft ganz oder teilweise zu vollziehen, könnten sie dies auch ganz ohne rechtsgeschäftliche Grundlage.³¹⁹ Der Umfang der Haftung bei der Rückabwicklung hängt grundsätzlich nicht davon ab, warum eine Leistung ohne rechtlichen Grund erbracht worden ist.

Außerdem darf derjenige, der das Eigentum an einer Sache nach § 812 zurückübertragen muß, - wie bereits festgestellt - nicht schlechter stehen als der Besitzer, der dem Eigentümer eine Sache nach § 985 herausgeben muß. Dieser haftet selbst dann, wenn er bösgläubig ist, nicht für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe oder Verschlechterung der Sache (vgl. §§ 989, 990 Abs. 1). Bei Gutgläubigkeit ist seine Haftung weiter gemildert.

§ 818 Abs. 3 kann daher nicht als offener Tatbestand angesehen werden.

C. Die Einschränkung des § 818 Abs. 3 durch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242)

Jedoch könnte sich eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergeben. Aus dem auch außerhalb des Vertragsrechts geltenden Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242) läßt sich herleiten, daß es

tiert. Ein Schaden ist hier nicht erforderlich (vgl. oben Fußn. 65).

319 Vgl. oben S. 99.

unzulässig sein kann, sich zu dem durch ein früheres Verhalten geschaffenen Vertrauenstatbestand in Widerspruch zu setzen.³²⁰

Als Verhalten, das eine Berufung auf § 818 Abs. 3 ausschließen könnte, könnte in jedem Fall die Nutzung des Erlangten oder die sonstige Einwirkung darauf durch den Empfänger anzusehen sein.³²¹ Wenn das Erlangte aufgrund einer derartigen

320 Sog. Verbot des venire contra factum proprium. Vgl. zu diesem Verbot als Grundlage des § 351 schon oben S. 87 ff.

§ 242 kann nicht nur die Einschränkung eines Rechts (Anspruchs, Einrede), sondern auch die Begründung eines Rechts zur Folge haben (vgl. ERMAN-SIRP, § 242, Rdn. 87, 89), da es nicht auf die rein konstruktive Frage ankommen kann, ob es sich bei dem (Gegen-)Recht etwa um eine Einwendung (so etwa bei § 818 Abs. 3) oder lediglich eine Einrede oder ein Gestaltungsrecht handelt.

321 Bei der Inanspruchnahme von Leistungen des Massenverkehrs und der Daseinsvorsorge wird zum Teil eine Entgeltverpflichtung trotz Wegfalls der Bereicherung aus einer wirksamen vertraglichen Bindung hergeleitet, die ohne wirksame Willenserklärungen zustandekommen soll. Diese Auffassung geht auf die von HAUPT (Festschrift für Siber, Bd. 2, S. 1 ff.) entwickelte Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen zurück. Diese Lehre ist von LARENZ zur Lehre vom "sozialtypischen Verhalten" weiterentwickelt worden (vgl. Allgemeiner Teil, § 21 II). Dieser Lehre ist die Rechtsprechung teilweise gefolgt (vgl. BGHZ 21, 319 (333); 23, 175 (177 f.)); LG BREMEN, NJW 1966, 2360 f.; LG FRANKFURT; MDR 1970, 843). Für diese Auffassung wird angeführt, daß die Annahme von Willenserklärungen der Parteien bei derartigen Geschäften eine Fiktion sei. Jedoch setzt eine Willenserklärung keinen Entscheidungsspielraum über das "Wie" voraus. Die Inanspruchnahme von Leistungen des Massenverkehrs und der Daseinsvorsorge kann im Regelfall durchaus mit einer konkludenten Willenserklärung erfaßt werden. Die strenge Anwendung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten führt im Fall der Geschäftsunfähigkeit und anderer Nichtigkeitsgründe zu einer bedenklichen Aushöhlung des Grundsatzes der Privatautonomie. Sie wird deshalb und aus anderen Gründen in der Literatur überwiegend abgelehnt (vgl. PALANDT/HEINRICHS, Anm. 5 a vor § 145; MEDICUS, a.a.O., § 10 I 1, Rdn. 190 ff.; FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 8, 2; ESSER, Schuldrecht AT, § 14, 2; FIKENTSCHER, a.a.O., § 18 III 3, 4; ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., § 163 VII 1; STAUDINGER/COING, Einl. 75 vor § 104).

Einwirkung untergeht oder verschlechtert wird oder eine solche Einwirkung dazu führt, daß keine dauerhafte Verbesserung der Gesamtvermögenslage des Empfängers eintritt, könnte § 242 verlangen, daß der Empfänger dennoch einer Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 ausgesetzt ist.³²² Von einem Verstoß gegen Treu und Glauben zu sprechen, ist jedoch in den Fällen nicht möglich, in denen die Einwirkung des Empfängers auf einem Irrtum über die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs beruhte. In diesen Fällen tritt bei gegenständlich zurückzugewährendem Erwerb keine Schadensersatzpflicht ein. Das spricht dafür, den Empfänger dann auch nicht einer Wertersatzpflicht trotz Wegfalls der Bereicherung auszusetzen.

Ein widersprüchliches Verhalten und damit ein Verstoß gegen § 242 läßt sich allerdings annehmen, wenn der Umgang, die Verschlechterung oder der Wertverlust des Erlangten darauf zurückzuführen ist, daß der Empfänger in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs auf das Erlangte eingewirkt hat, oder wenn die Entreicherung auf einem sonstigen zurechenbaren Verhalten des Empfängers in Kenntnis

Auch die Annahme einer konkludenten Willenserklärung stößt jedoch dann auf Bedenken, wenn derjenige, der eine Leistung in Anspruch nimmt, ausdrücklich erklärt, er wolle das Angebot nicht annehmen. Nach der überwiegenden Auffassung ist diese Erklärung wegen des Widerspruchs mit dem tatsächlichen Verhalten unerheblich (sog. "protestatio facto contraria"; vgl. FLUME, a.a.O., § 5, 5; ENNECCERUS/NIPPERDEY, a.a.O., § 163 VII 3; ESSER, a.a.O., § 14, 2; MEDICUS, a.a.O., § 10 I 1 b, Rdn. 191; vgl. weiter BGH NJW 1965, 387 f.). Die Unbeachtlichkeit dieser Erklärung würde jedoch den geäußerten Willen zur leeren Floskel machen (vgl. TEICHMANN, Festschrift für Michaelis, S. 294 ff.). Eine Lösung derartiger Fälle über das Bereicherungsrecht erscheint deshalb überzeugender.

Eine Rückabwicklung nach §§ 812 ff. scheidet allerdings aus, soweit die Grundsätze des fehlerhaften Arbeits- und Gesellschaftsverhältnisses eingreifen (vgl. PALANDT/HEINRICHS, Anm. 5 c vor § 145).

322 So RENGIER, a.a.O., S. 438 ff., für gegenständlichen Erwerb; HUBER, JuS 1972, 439 (443).

der Rechtsgrundlosigkeit beruht.³²³ Unter den genannten Voraussetzungen muß der Empfänger dann, wenn das Erlangte gegenständlich zurückzugewähren ist, grundsätzlich Schadensersatz nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung leisten.³²⁴ Dies ergibt sich daraus, daß die Nutzung des Erlangten und die sonstige Einwirkung darauf im Regelfall schuldhaft im Sinne der §§ 989, 280 und der positiven Forderungsverletzung ist. Dementsprechend darf sich der Empfänger unter den genannten Voraussetzungen auch in sonstigen Fällen hinsichtlich des durch die beschriebene Handlung oder vorher Erlangten nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.³²⁵ Ändern-

323 So RENGIER (a.a.O., S. 445 f.) für nicht gegenständlichen Erwerb; ähnlich BGHZ 55, 128 ff.; gegen eine bereicherungsunabhängige Wertersatzhaftung überhaupt hingegen ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 818 Rdn. 18; JAKOBS, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, S. 150 f. Das genannte Verhalten kann erst zum Erwerb geführt haben (so oft bei nicht gegenständlichem Erwerb, der von vornherein keine Verbesserung der Gesamtvermögenslage bewirkt), aber auch zeitlich nach dem Erwerb liegen. - Vgl. zum Verstoß gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" bei Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit schon oben S. 118, soweit sich daraus eine Unzulässigkeit des Abzugs der Gegenleistung und sonstiger Aufwendungen herleiten läßt.

Ob man unter den genannten Voraussetzungen von einem "venire contra factum proprium" oder von "unzulässiger Rechtsausübung" spricht, ist lediglich eine Frage der Abgrenzung der unter § 242 fallenden Rechtsinstitute, im Ergebnis aber ohne Bedeutung.

324 In diesen Fällen bestehen gegen eine Wertersatzpflicht des Empfängers nach § 818 Abs. 2 Bedenken, weil das Erlangte wegen der von vornherein bestehenden Rückgewähripflicht für ihn möglicherweise gar keinen Wert darstellte. Da das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander geringe Bedeutung hat, muß der Empfänger in diesem Verhältnis so behandelt werden, als habe er das zurückzugewährende Recht nicht erlangt (vgl. oben Fußn. 93).

325 Dieses Ergebnis kann man darauf stützen, daß man § 242 als "allgemeine Vorschrift" im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 f. ansieht. Auf jeden Fall wird man nicht nur bei Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit, sondern auch unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 zu der genannten Rechtsfolge gelangen müssen (vgl. unten S. 156).

falls wäre es dem Empfänger gestattet, den Gläubiger ohne weiteres um die ihm zugewiesenen Erträge eines subjektiven Rechts zu bringen.³²⁶ Der Empfänger haftet deshalb in diesen

326 Erlangt der Schuldner einen nicht gegenständlichen Wert erst durch die beschriebenen Handlungen, wird allerdings oft ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegeben sein (z.B. aus §§ 823 Abs. 1 und 2 iVm §§ 253, 263, 265 a StGB; vgl. dazu den vom Bundesgerichtshof (BGHZ 55, 128 ff.) entschiedenen Flugreise-Fall). Deshalb ist als anderer dogmatischer Ansatzpunkt für diese Fälle denkbar, § 818 Abs. 3 hier nicht einzuschränken, statt dessen aber eine Schadensersatzhaftung des Empfängers in Höhe des objektiven Wertes des Erlangten (d.h. des üblichen Entgelts) oder auch eines höheren Wertes oder eines von ihm erzielten Gewinns anzunehmen. Dies ist allerdings nur dann in vollem Umfang möglich, wenn man den Einwand des Empfängers, der Rechtsinhaber hätte sein Recht nicht in dem Maße wie er selbst genutzt, als unbeachtlich ansieht. Eine solche Betrachtungsweise würde zu einer weiteren Korrektur des Differenzschadensbegriffs im Sinne eines normativen Schadensbegriffs führen. Der genannten Methode bedient sich die Rechtsprechung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung (Schaden, Gewinn, übliches Entgelt) bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (vgl. RGZ 35, 63 (65 ff.); 130, 108 (109); BGHZ 44, 372 ff.; BGH GRUR 1962, 401 (402); vgl. auch § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG), die sie schon bei fahrlässiger Verletzung zuläßt, während sie Bereicherungsansprüche in diesem Bereich überhaupt ablehnt (vgl. dazu KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 98). Diese Lösung würde zwar in den hier erörterten Fällen vorsätzlichen Eingriffs in fremde Rechte zu denselben Ergebnissen wie eine Lösung über das Bereicherungsrecht führen. Durch sie würden aber die Konturen zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsrecht verwischt (dagegen deshalb WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 49, 97 ff., der zur Begründung eines Anspruchs auf Herausgabe des Gewinns oder auf Zahlung des üblichen Entgelts lediglich Bereicherungsrecht anwendet; gegen die dreifache Schadensberechnung auch HAINES, a.a.O., S. 4 ff.; JAKOBS, a.a.O., S. 81 ff.; KELLMANN, Grundsätze der Gewinnhaftung, S. 17 ff.). Gegen die beschriebene Auffassung der Rechtsprechung läßt sich weiter anführen, daß sie den Anspruch auch dann vom Verschulden abhängig macht, wenn der Empfänger noch bereichert ist (vgl. oben Fußn. 93). Im Flugreise-Fall hat der Bundesgerichtshof allerdings im Einklang mit der hier vertretenen Lösung einen Schadensersatzanspruch verneint und einen Bereicherungsanspruch trotz Entreicherung bejaht (vgl. BGHZ 55, 128 (129 ff.)).

Fällen trotz Entreicherung gemäß § 818 Abs. 2 in Höhe des Wertes des Erlangten oder der eingetretenen Verschlechterung oder Wertminderung.^{327, 328, 329}

- 327 Aus dem Gedanken des venire contra factum proprium kann sich sogar eine Haftung auf einen höheren Betrag als den objektiven (Markt-)Wert ergeben, wenn der Empfänger wußte, daß der Inhaber des verletzten Rechts nur gegen Zahlung dieses Betrages zur Überlassung der Nutzung dieses Rechts bereit war. Andernfalls würde der Rechtsinhaber praktisch mit einem Kontrahierungszwang zu angemessenen Bedingungen belastet (vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 170 f.).
- Hat sich der Schuldner das Erlangte nicht durch bewußten Eingriff in fremde Rechte oder unter ähnlichen Voraussetzungen verschafft, so ist er andererseits in bestimmten Fällen von einem Ersatz des vollen objektiven Wertes befreit, weil hier ein faktischer Kontrahierungszwang zu seinen Lasten vermieden werden muß. Man kann diese Privilegierung des Empfängers dogmatisch damit begründen, daß man den Wertbegriff in § 818 Abs. 2 subjektiviert und nur insoweit eine Wertersatzpflicht bejaht, als sich der Empfänger das Erlangte zunutze gemacht hat oder als es aus sonstigen Gründen gerade für ihn einen Wert darstellt (sog. konkret-individueller Wertbegriff, vgl. dazu vor allem KOPPENSTEINER/KRAMER; a.a.O., S. 175 ff.; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 I 2). Danach kann der Bereicherungsgläubiger in vielen Fällen den vollen objektiven Wert des Erlangten oder einen darüber hinausgehenden Gewinn des Empfängers erst verlangen, wenn dieser das Erlangte an einen Dritten veräußert. Bis dahin ist oft lediglich ein subjektiver Ertragswert zu ersetzen. Kann der Empfänger das Erlangte nach seinen Vermögensdispositionen überhaupt nicht für seine Zwecke verwenden, ist er von jeder Wertersatzpflicht befreit. Die beschriebene Subjektivierung des Wertbegriffs wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur für die Fälle der sog. aufgedrängten Bereicherung vorgenommen (so etwa H. WESTERMANN, Sachenrecht, § 54, 5 c; MEDICUS, a.a.O., § 34 V 2, Rdn. 899; vgl. auch ESSER, Schuldrecht BT, § 104 I 4). Eine derartige Haftungserleichterung muß aber auch darüber hinaus gelten. Sie kann auch nicht auf den gutgläubigen Empfänger beschränkt werden (so aber KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 171 ff.; REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 98). Auch derjenige, der die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs kennt, muß - vor allem in den Fällen aufgedrängter Bereicherung - geschützt werden. Eine Haftung mindestens auf den objektiven Wert ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Empfänger das Erlangte durch einen Eingriff in fremde Rechte in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit oder unter entsprechenden Voraussetzungen verschafft hat.
- Ein solches Verhalten kann sich nach dieser Auffassung

Dies gilt nicht nur bei Kenntnis des Empfängers von der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs, sondern unter denselben Voraussetzungen auch in den in §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 geregelten Fällen.

Fraglich ist, ob und inwieweit auch der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte nach diesen Grundsätzen trotz Entreicherung auf Wertersatz nach § 818 Abs. 2 haftet. Bei Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß § 818 Abs. 3 dann eingeschränkt wird, wenn die Entreicherung auf einer bewußten Einwirkung des Empfängers auf das Erlangte oder einer sonstigen zurechenbaren Handlung des Empfängers in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit beruht. § 242 will hier grundsätzlich verhindern, daß der Empfänger den Gläubiger bewußt um dasjenige bringt, was ihm aufgrund eines subjektiven Rechts gebührt. Die Wertersatzhaftung trotz Wegfalls der Bereicherung knüpft also an eine Handlung an, die

in zweierlei Weise auf den Bereicherungsanspruch auswirken: Soweit das durch die beschriebene Handlung Erlangte noch wertmäßig im Vermögen des Empfängers vorhanden ist, muß dieser mindestens den objektiven Wert ersetzen. Soweit eine solche Handlung (auch) die Entreicherung bewirkt hat, darf er sich nicht auf § 818 Abs. 3 berufen. Es ändert sich daher im Ergebnis nichts, wenn man die oben vorgeschlagene Subjektivierung nicht im Rahmen des § 818 Abs. 2, sondern des § 818 Abs. 3 vornimmt (vgl. etwa LARENZ, Festschrift für v. Caemmerer, S. 209 (227); Schuldrecht BT, § 70 II; GOETZKE, AcP 173, 289 (319)). Eine derartige Lösung erscheint vertretbar, weil der Empfänger nach § 818 Abs. 3 auch geltend machen kann, sein Erwerb habe mangels ersparter Aufwendungen von Anfang an nicht zu einer Verbesserung der Gesamtvermögenslage geführt.

- 328 In den Fällen des Rechtserwerbs nach §§ 946 ff. ist die Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 (über § 951 Abs. 1 S. 1) auch hinsichtlich des Sachwertes wesentlich, da eine Schadensersatzpflicht mangels einer gegenständlichen Rückgewährverpflichtung ausscheidet (vgl. § 951 Abs. 1 S. 2).
- 329 Wenn der bewußte Eingriff in ein fremdes Recht erst zu dem Erwerb geführt hat, läßt sich das Verbot, sich auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen, auch aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 herleiten. Gegenüber der Verpflichtung aus § 667 ist eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung grundsätzlich - abgesehen von der Anwendbarkeit des § 275 - ausgeschlossen.

einer deliktischen Handlung ähnlich ist. Diese Überlegung rechtfertigt es, auch den geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Empfänger einer Wertersatzhaftung trotz Entreicherung auszusetzen, wenn ihm sowohl die Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit als auch die beschriebene Handlung entsprechend §§ 827 f. zugerechnet werden kann.³³⁰ Wenn eine Zurechnung der Handlung nach §§ 827 f. analog möglich ist, haftet der Empfänger ebenso, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 gegeben sind. Daß es sich bei der zur Entreicherung führenden Handlung des Empfängers nicht um eine Pflichtverletzung, sondern um eine Obliegenheitsverletzung handelt, steht einer entsprechenden Anwendung der §§ 827 f. nicht entgegen.^{331,332}

D. Ergebnis: Vertrauensschutz als wesentliche Funktion des § 818 Abs. 3

Da den Empfänger bei Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit trotz Wegfalls der Bereicherung unter den genannten Voraussetzungen eine Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 und eine Schadensersatzpflicht nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm §§ 292

330 Vgl. zur entsprechenden Anwendung der §§ 827 f. im Rahmen einer Schadensersatzhaftung oben S. 140 ff. Aus der deliktsähnlichen Natur der Schadensersatzhaftung und der Wertersatzhaftung trotz Entreicherung könnte sich ergeben, daß unter Umständen auch eine Billigkeitshaftung analog § 829 in Betracht kommt. Eine Anwendung des § 829 wird jedoch überwiegend unter Hinweis auf § 276 Abs. 1 S. 3, der zumindest im Rahmen von Schadensersatzansprüchen aus §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm § 280 und der positiven Forderungsverletzung zu beachten ist, de lege lata abgelehnt (vgl. RGRK/KROGER-NIELAND, § 104 Rdn. 1 und § 105 Rdn. 2; STAUDINGER/COING, § 105 Rdn. 7; anders aber mit guten Gründen DIESELHORST, Die Natur der Sache, S. 176 ff.).

331 Auch im Rahmen des § 254, der ebenfalls eine Obliegenheitsverletzung regelt, sind die §§ 827, 828 entsprechend anzuwenden (vgl. PALANDT/HEINRICHS, § 254 Anm. 2 a).

332 Eine Begründung dieser Auffassung mit einer entsprechen-

Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung trifft, kann § 818 Abs. 3 zumindest beim einseitigen Bereicherungsanspruch als Regelung des Vertrauensschutzes angesehen werden.^{333,334} Dagegen läßt sich nicht generell einwenden, daß zumindest der zufällige Untergang, die zufällige Verschlechterung und der auf Zufall beruhende Wertverlust des Erlangten im Regelfall nicht auf das Vertrauen des Empfängers auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs zurückgeführt werden können.³³⁵ Dieser Umstand hat nicht zur Folge, daß die Privilegierung des Gutgläubigen durch § 818 Abs. 3 ganz unabhängig davon ist, ob der Wegfall der Bereicherung gerade auf den Vorstellungen des Empfängers über die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs beruht. Da § 818 Abs. 3 bei Zufall und sonstigen dem Empfänger nicht als Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurechenbaren Ereignissen auch zugunsten des Bösgläubigen gilt, wird der gutgläubige Empfänger in diesen Fällen gar nicht durch § 818 Abs. 3 privilegiert.

den Anwendung des § 276 Abs. 1 S. 3 liegt besonders nahe, wenn man die Haftung des Empfängers daraus herleitet, daß man § 242 als "allgemeine Vorschrift" im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 f. ansieht.

- 333 Vgl. ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 1 c; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6 A b; REEB, a.a.O., S. 115; RENGIER, a.a.O., S. 429. LARENZ (Schuldrecht BT, § 70 II) sieht die Haftung nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 im Fall der Pflicht zur gegenständlichen Rückgewähr einer Sache als Normalfall an, gegenüber dem § 818 Abs. 3 eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Empfängers darstellt (so auch v.CAEMMERER, Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 333 (368)).
- 334 Daß der Bereicherungsanspruch im Gegensatz zum normalen schuldrechtlichen Anspruch unter den Voraussetzungen des § 822 auch gegenüber Dritten geschützt ist (vgl. oben Fußn. 93), könnte darin begründet sein, daß der Anspruch wegen der Privilegierung des gutgläubigen Empfängers schwächer ist und deshalb ein Ausgleich geschaffen werden muß.
- 335 KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 135 f., lösen aus diesem Grund die Problematik des Untergangs, der Verschlechterung, des Wertverlustes und der fehlenden vermögensmehrenden Wirkung des Erlangten im Rahmen des § 818 Abs. 2.

§ 818 Abs. 3 hat somit zwei Funktionen: Zunächst ergibt sich aus dieser Vorschrift, daß der Empfänger in den Fällen des ihm nicht zurechenbaren Untergangs und der ihm nicht zurechenbaren Verschlechterung und mangelnden vermögensmehrenden Wirkung der Leistung weder einer Schadens- noch einer Wertersatzpflicht ausgesetzt ist. Im übrigen ordnet er eine Privilegierung des Gutgläubigen durch Vertrauensschutz an.^{336,337}

Der Charakter des § 818 Abs. 3 als Regelung des Vertrauensschutzes wird durch einen Vergleich mit §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. bestätigt, die ebenfalls den Gutgläubigen privilegieren wollen.³³⁸ Die Parallele zwischen beiden Regelungen ergibt sich daraus, daß das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander eine geringe Bedeutung hat.

336 § 818 Abs. 3 stellt auch eine Privilegierung gegenüber demjenigen dar, der etwas unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 erlangt hat und daher ebenso wie der Bösgläubige mit der Rückgewähr oder einem Wertersatzanspruch rechnen muß. Es ändert sich im Ergebnis nichts, wenn man § 818 Abs. 3 lediglich gegenüber der Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 anwendet. Dann kann man bei gegenständlich zurückzugewährendem Erwerb, bei dem eine Wertersatzpflicht zweifelhaft ist, den Gedanken des Vertrauensschutzes daraus entnehmen, daß eine Schadensersatzpflicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. angeordnet ist.

337 Selbst wenn sich der Bösgläubige niemals auf § 818 Abs. 3 berufen könnte, so könnte man daraus nicht folgern, daß diese Vorschrift insgesamt nicht dem konkreten Schutz des Vertrauens des Gutgläubigen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs dient. Vielmehr könnte diese Vorschrift auch dann in den Fällen eine Regelung des Vertrauensschutzes enthalten, in denen die Entreicherung auf einer dem Empfänger zurechenbaren Handlung beruht.

338 Vgl. oben Fußn. 50.

§ 14 Lösungsansätze zu einer stärkeren Einschränkung des § 818 Abs. 3 bei Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages

Es stellt sich die Frage, ob im Fall der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 über den beim einseitigen Bereicherungsanspruch geltenden Umfang hinaus erforderlich ist.

Zunächst ist festzustellen, daß auch in diesem Fall keine (zusätzlichen) Argumente ersichtlich sind, aus denen sich entnehmen läßt, daß § 818 Abs. 3 hier als offene Norm angesehen und die Reichweite dieser Vorschrift im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden muß.³³⁹

A. Die Anwendung des Sphärengedankens

Man könnte § 818 Abs. 3 jedoch bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge dadurch einschränken, daß man jede Partei für die Risiken entstehen läßt, die sich in ihrer Sphäre verwirklichen.³⁴⁰ Eine solche Betrachtungsweise (sog. Sphärentheorie) läßt sich möglicherweise den Rechtsgedanken der Gefahrtragsregeln der §§ 446, 644 f. entnehmen.³⁴¹ Nach diesen Vorschriften ist der Gläu-

339 A.A. DEPLEWSKI, Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma, S. 64 ff.

340 Diesen Gesichtspunkt berücksichtigen u.a. auch LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III, und FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, S. 122 ff.
Auch DIESSELHORST, Die Natur der Sache, S. 81 ff., stützt sich insoweit auf den Sphärengedanken, als er bei zufälligem Untergang einer der beiden Leistungen darauf abstellt, in wessen Sphäre der Nichtigkeitsgrund fällt.

341 Ein weiteres Beispiel ist die sog. Betriebsrisikolehre im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (vgl. dazu BAGE 3, 346 ff.; BAG NJW 1973, 342 f.; SÜLLNER, Arbeitsrecht,

biger zur Gegenleistung verpflichtet, obwohl die Leistung des Schuldners unmöglich geworden ist. Der Sphärengedanke könnte im Rahmen der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge in der Weise angewendet werden, daß die Partei, in deren Sphäre die empfangene Leistung untergeht oder verschlechtert wird oder eine sonstige Entreicherung eintritt, zwar nicht den Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung verliert, aber ihrerseits Wertersatz schuldet.³⁴²

Gegen die Heranziehung des Sphärengedankens läßt sich jedoch anführen, daß er allenfalls im Rahmen der erwähnten Vorschriften des BGB zur Anwendung kommt,³⁴³ aber nicht als allgemeiner Rechtsgedanke verwirklicht ist. Die genannten Vorschriften setzen sämtlich ein Synallagma voraus, das bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages gerade fehlt.³⁴⁴ Selbst der bösgläubige Besitzer einer Sache, die er gemäß § 985 an den Eigentümer herauszugeben hat, haftet auch dann nicht für eine unverschuldete, in seiner Sphäre eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe, wenn er die Sache aufgrund eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erlangt hat (vgl. §§ 989, 990 Abs. 1). Da das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander eine geringe Bedeutung hat, muß diese Wertung grundsätzlich auch für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gelten.

§ 32, 5). Im Prozeßrecht wird teilweise eine Beweislastverteilung nach Sphären vorgenommen (vgl. dazu etwa THOMAS/PUTZO, ZPO, Vorbem. 7 f. vor § 284).
v. SCHENCK, Der Begriff der "Sphäre" in der Rechtswissenschaft, passim, sieht im Sphärengedanken ein allgemeines Rechtsprinzip.

342 Die Anwendung des Sphärengedankens könnte damit zu derselben Rechtsfolge wie die entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 1 auf das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis führen (vgl. dazu oben S. 82 f.).

343 Die Anwendung der Sphärentheorie ist auch im Rahmen der §§ 644 f. umstritten (ablehnend etwa STAUDINGER/RIEDEL, § 644 Rdn. 8; PALANDT/THOMAS, § 645 Anm. 3 b dd; bejahend ERMAN, JZ 1965, 657 ff.; offengelassen von BGHZ 40, 71 (74 f.); 60, 14 (19)).

344 § 446 kann auch nach Eintritt einer auflösenden Bedingung nicht angewendet werden. Dies gilt selbst für die

Abgesehen davon spricht gegen eine Berücksichtigung des Sphärengedankens, daß es sich bei der "Sphäre" um einen unpräzisen Begriff handelt, der nur verschwommene Konturen aufweist und deshalb als Abgrenzungskriterium ungeeignet ist. Es läßt sich kaum feststellen, welche Ereignisse noch der Sphäre einer Partei zuzurechnen sind und welche nicht. Daher kann der Sphärengedanke auch bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nicht zu einer Einschränkung des § 818 Abs. 3 führen.

B. Die Einschränkung durch die Zurechnung einer vermögensmäßigen Entscheidung des Empfängers

Man könnte § 818 Abs. 3 aber in diesem Fall zu Lasten des Empfängers einschränken, indem man ihn an eine zurechenbare Entscheidung in der Verwaltung des eigenen Vermögens binden könnte. Diese Entscheidung könnte dahin gehen, daß der Empfänger die Leistung anstelle der Gegenleistung dem eigenen Vermögen inkorporieren und damit auch die Gefahr des Untergangs, der Verschlechterung und der sonstigen Entreichung übernehmen will. Der Empfänger könnte sich daher nur insoweit auf den Wegfall der Bereicherung berufen dürfen, als der Wert der empfangenen Leistung den Wert übersteigt, den die Gegenleistung im Zeitpunkt der Vermögensentscheidung hatte.³⁴⁵ Man könnte eine solche Vermögensent-

Zeit bis zum Eintritt der Bedingung (vgl. oben Fußn. 234).

³⁴⁵ So FLUME, Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (151 ff.; 164 ff.); NJW 1970, 1161 ff.; LEHMANN, Festschrift für Nipperdey, S. 31 (38); ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 227; LIEB, NJW 1971, 1289 (1293); HUBER, JuS 1972, 439 (444); BEUTHIEN/WEBER, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, S. 18 f.; CANARIS, Festschrift für Larenz, S. 799 (816 f.); ebenso WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 62 ff. Einige Autoren (vgl. HUBER, a.a.O.; RENGIER, AcP 177, 418 (438 ff.)) verwenden sowohl den Gesichtspunkt der vermögensmäßigen Entscheidung als auch den des Verbots widersprüchlichen Verhaltens. Kritisch zu der Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung z.B. DIESELHORST,

scheidung schon vor dem Vertragsschluß annehmen, sie aber auch im Vertragsschluß selbst³⁴⁶ oder in der Verwendung der empfangenen Leistung zu eigenen Zwecken³⁴⁷ sehen. Diese Entscheidung könnte trotz des Fehlschlagens des gegenseitigen Vertrages Bestand haben,³⁴⁸ soweit sie dem Empfänger zurechen-

Die Natur der Sache, S. 57 ff.; FLESSNER, Wegfall der Bereicherung, S. 36 ff.; BLOMEYER, AcP 154, 527 (534 ff.); LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, S. 36 ff.; PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 65 ff.

346 So FLUME, Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (159 ff.; 165 f.). Sein Lösungsansatz umfaßt daher auch den Fall der einseitigen Vorleistung (vgl. NJW 1970, 1161 (1162)).

347 Vgl. RENGIER, AcP 177, 418 (426).

348 Vgl. FLUME, Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (165). Bei gegenständlich zurückzugewährenden Leistungen müßte eine solche Vermögensentscheidung auch dazu führen, daß der Empfänger einen nach § 818 Abs. 2 zu bemessenden Wert erlangt. FLUME geht allerdings von einem vorrangig an der Gesamtvermögenslage des Empfängers orientierten Bereicherungsanspruch aus (vgl. Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (148 ff.); NJW 1970, 1161 ff.; ihm folgend WILHELM, a.a.O., S. 62 ff.). Wegen der genannten Vermögensentscheidung werden der Untergang und die Verschlechterung der Leistung, soweit sie keine den Wert der Gegenleistung übersteigende Vermögensminderung darstellen, als Nachteile aufgefaßt, die nicht dem ungerechtfertigten Erwerb, sondern dem sonstigen Vermögen des Empfängers zuzurechnen sind. Inkonsequenterweise unterscheidet FLUME aber zwischen Untergang und Verschlechterung der Leistung einerseits und schlichtem Wertverlust andererseits (vgl. NJW 1970, 1161 (1163 ff.)). Soweit der Untergang oder die Verschlechterung einer geleisteten Sache auf deren Mangelhaftigkeit zurückzuführen ist, kommt FLUME allerdings nicht zu einer Einschränkung des § 818 Abs. 3, weil diese Ereignisse dem ungerechtfertigten Erwerb und nicht dem sonstigen Vermögen des Empfängers zuzurechnen seien (vgl. NJW 1970, 1161 (1163); im Ergebnis ebenso HONSELL, MDR 1970, 717 (718), und NJW 1973, 350 (351)).

bar ist.³⁴⁹

Dieser Lösungsansatz führt in den Fällen beiderseitigen Leistungsaustausches - auch hinsichtlich des Zufallsrisikos - zu einer ähnlichen Risikoverteilung wie die Saldotheorie.³⁵⁰ Im Gegensatz zu dieser trägt der Empfänger der untergegangenen, verschlechterten oder im Wert geminderten Leistung das wirtschaftliche Risiko allerdings nicht bis zur Höhe des Wertes, den die Gegenleistung im Zeitpunkt der Rückgewähr hat, sondern des Wertes, den die Gegenleistung im Zeitpunkt der Vermögensentscheidung hatte. Gegenüber der Saldotheorie hat die Lehre von der Vermögensentscheidung den Vorteil, daß sie auch den Fall der einseitigen Vorleistung erfaßt und daher eine sachwidrige Differenzierung vermeidet.³⁵¹

349 Eine Zurechnung soll nach FLUME (Festschrift für Niedermeyer, S. 103 (172 ff.)) ausscheiden, wenn der Empfänger bei der Vermögensentscheidung geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig war. Ist die Vermögensentscheidung durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung, sittenwidrige Knebelung oder Irrtum beeinflusst worden, so kann dem Empfänger nach Ansicht Flumes das schlichte Haben nicht zugerechnet werden. Etwas anderes soll auch in diesen Fällen gelten, wenn der Empfänger den erlangten Gegenstand aufgrund einer weiteren Vermögensentscheidung einer besonderen Verwendung zuführt oder veräußert (vgl. a.a.O., S. 173; NJW 1970, 1161 (1164); a.A. REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 117 f., der § 818 Abs. 3 grundsätzlich auch dann nicht zu Lasten des arglistig Getäuschten einschränkt).

350 Wegen des Erfordernisses der Zurechenbarkeit kommt dieser Lösungsansatz aber in vielen Fällen nicht zur Anwendung.

351 Vgl. oben S. 94 f. und 123 ff.

Gegen diese Lehre spricht aber, daß sie die Zugehörigkeit des empfangenen Gegenstandes zum Empfänger Vermögen und damit die Risikoverteilung abstrakt beurteilt und dabei übersieht, daß der Bereicherungsanspruch in erster Linie konkret-gegenständlich orientiert ist.³⁵² Als entscheidendes Argument läßt sich gegen diesen Lösungsansatz anführen, daß von einer Entscheidung des Empfängers, das Erlangte anstelle der Gegenleistung in sein Vermögen aufzunehmen, allenfalls gesprochen werden kann, wenn der gegenseitige Vertrag zwischen seinem Partner und ihm wirksam ist und daher keine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht möglich ist.³⁵³ Ist dies nicht der Fall, so läuft die Annahme einer Vermögensentscheidung auf eine Willensfiktion hinaus.³⁵⁴ Außerdem wäre der Empfänger der Leistung, wenn es bei dem Empfänger der Gegenleistung an einer zurechenbaren Vermögensentscheidung fehlt, mit zwei Zufallsrisiken (dem hinsichtlich der Leistung und dem hinsichtlich der Gegenleistung) belastet. Weiter besteht ein Widerspruch zu der Regelung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Wenn sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft fehlgeschlagen ist, ist selbst der bösgläubige Empfänger keiner Zufallshaftung ausgesetzt (vgl. §§ 989, 990 Abs. 1). Da das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander eine geringe Bedeutung hat, kann nichts anderes gelten, wenn lediglich das Verpflichtungsgeschäft fehlgeschlagen ist. Außerdem besteht insoweit auch ein Widerspruch zu den Rücktrittsvorschriften, nach denen der Empfänger bei zufälligen und sonstigen auf keiner Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung beruhenden Ereignissen ebenfalls weder einer Schadensersatzpflicht (vgl. §§ 347 S. 1, 989) noch einer Wertersatzpflicht

352 Vgl. oben S. 103 ff.

353 Vgl. BEUTHIEN/WEBER, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, S. 19; RENGIER, a.a.O., S. 440 f.

354 Vgl. RENGIER, a.a.O.; siehe auch die Kritik von BLOMEYER, AcP 154, 527 (529).

ausgesetzt ist.³⁵⁵ Ein solcher Widerspruch erscheint unter anderem deshalb bedenklich, weil sich aus der Wertung der §§ 327 S. 2, 557 a, 628 Abs. 1 S. 3 jedenfalls entnehmen läßt, daß die Haftung nach §§ 812 ff. grundsätzlich nicht schärfer als die nach §§ 346 ff. sein darf.

Der Grundsatz, daß jede Partei die Risiken hinsichtlich der von ihr eingesetzten Leistung trägt, wird somit nicht durch eine vermögensmäßige Entscheidung des Empfängers durchbrochen. Eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 ist insoweit nicht erforderlich.³⁵⁶

C. Stärkere Einschränkung durch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242)

Jedoch könnte das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242) bei der Rückabwicklung fehlerhafter gegenseitiger Verträge in stärkerem Umfang zu einer Einschränkung des § 818 Abs. 3 zwingen, als dies beim einseitigen Bereicherungsanspruch der Fall ist.

355 So BLOMEYER, a.a.O., 542 f.; DIESSELHORST, a.a.O., S. 58; PAWLOWSKI, a.a.O., S. 73. Diese Autoren sehen allerdings § 350 als Gefahrtragungsregel an (vgl. dazu oben S. 88, 92 f.).

FLUME rechtfertigt den genannten Widerspruch für den Fall des vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts damit, daß der Empfänger das Erlangte noch nicht seinem Vermögen inkorporiert habe (vgl. NJW 1970, 1161 (1165)). In den Fällen des gesetzlich zugelassenen Rücktritts wird die Haftung gemäß §§ 346 ff. seiner Ansicht nach durch eine Haftung nach Bereicherungsrecht ergänzt (a.a.O., S. 1166). Die Haftung nach § 487 Abs. 2 und 3 sieht FLUME ebenfalls als Fall einer bereicherungsrechtlichen Haftung an (a.a.O., S. 1166).

356 Eine zurechenbare Entscheidung des Empfängers, das Erlangte seinem Vermögen zu inkorporieren, kann allerdings für die Beantwortung der Frage von Bedeutung sein, wann der Empfänger in den Fällen nicht gegenständlich zurückzugewährenden Erwerbs zum Ersatz des vollen objektiven Wertes, d.h. des Marktwertes, verpflichtet ist (vgl. oben Fußn. 327). Diese Frage stellt sich vor allem in den Fällen der sog. aufgedrängten Bereicherung.

I. Allgemeine Überlegungen

Ein früheres Verhalten, zu dem sich der Empfänger der Leistung in Widerspruch setzen könnte, liegt nicht schon in dem Abschluß des Vertrages, in dem er eine Gegenleistung versprochen hat. Eine solche Annahme würde dem Sinn und Zweck der Nichtigkeit eines Vertrages zuwiderlaufen. Über die Rechtsfigur des Verbots widersprüchlichen Verhaltens darf nicht ohne weiteres eine dem angestrebten Vertrag entsprechende Risikoverteilung hergestellt werden.

Ein hinreichendes Vorverhalten könnte aber in der Entgegennahme der Leistung als Gegenleistung für eine vom Empfänger seinerseits zu erbringende Leistung gesehen werden.³⁵⁷ Falls die Leistung nach dieser Entgegennahme durch den Empfänger untergeht, verschlechtert wird oder aus einem anderen Grund zu keiner dauerhaften Verbesserung der Gesamtvermögenslage führt,³⁵⁸ könnte es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Empfänger einerseits auf den Wegfall der Bereicherung beruft und andererseits eine erbrach-

Es handelt sich dabei nicht um ein speziell bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge entstehendes Problem.

357 Vgl. WIELING, JuS 1973, 397 ff., der von einer Gefahrübernahme des Empfängers ausgeht und damit zu einer Lösung gelangt, die eine starke Ähnlichkeit mit der Einschränkung des § 818 Abs. 3 durch eine Vermögensentscheidung des Empfängers aufweist.

358 Der Wertverzehr nicht gegenständlich zurückzugewährender Leistungen führt allerdings oft deshalb nicht zu einer Entreicherung des Empfängers, weil dieser Aufwendungen erspart hat, die er sonst (anderswo) gemacht hätte. Bei Vorliegen bestimmter Nichtigkeitsgründe (vor allem bei Geschäftsunfähigkeit des Empfängers) läßt sich aber eine solche Feststellung sehr häufig nicht treffen.

Der Empfänger kann allerdings eine Entreicherung nicht mit der Begründung geltend machen, er habe keine Aufwendungen erspart, weil er eine Gegenleistung erbracht habe. Dies gilt selbst dann, wenn ihm weder ein Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung noch ein Schadens- oder Wertersatzanspruch zusteht (etwa bei Zufallsuntergang der Gegenleistung), weil grundsätzlich jede Partei das

te Gegenleistung in vollem Umfang zurückverlangt. Jedoch ist dabei zunächst zu bedenken, daß eine Entgegennahme der Leistung in vielen Fällen (etwa bei Arbeitsleistungen oder Einbau von Material) gar nicht stattfindet. Im übrigen kann in der bloßen Entgegennahme der Leistung noch kein hinreichender Vertrauenstatbestand gesehen werden, der es dem Empfänger verwehren könnte, die Folgen des Fehlschlagens des gegenseitigen Vertrages auch bei Untergang, Verschlechterung oder nicht dauerhafter vermögenserhöhender Wirkung dieser Leistung in vollem Umfang geltend zu machen. Andernfalls würde die Anordnung der Nichtigkeit eines Vertrages in diesen Fällen kaum noch eine Bedeutung haben. Es würde - allein aufgrund der faktischen Entgegennahme der Leistung - eine Risikoverteilung herbeigeführt werden, die derjenigen des - bereits abgelehnten³⁵⁹ - faktischen Synallagma entspricht. Es kann auch dann nichts anderes gelten, wenn der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes kennt. Die Entgegennahme der Leistung kann hier lediglich vorläufiger Natur sein und dem Zweck dienen, sich ein Zurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung des Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung zu verschaffen.

Daraus läßt sich folgern, daß das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242) bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nicht zu einer stärkeren Einschränkung des § 818 Abs. 3 als bei einem einseitigen

Risiko für die von ihr eingesetzte Leistung trägt (vgl. oben S. 128). Eine Ersparnis von Aufwendungen läßt sich somit nur mit der hypothetischen Erwägung verneinen, der Empfänger hätte sich die Leistung sonst (anderswo) nicht aufgrund eines gegenseitigen Vertrages verschafft, der ihn zu einer (ebenso hohen) Gegenleistung verpflichtet hätte.

359 Vgl. oben S. 78 ff.

Bereicherungsanspruch führt. Der Empfänger dürfte sich danach nur dann gemäß § 242 nicht auf § 818 Abs. 3 berufen, wenn er wegen Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. mit einer Rückabwicklung rechnen muß und die Entreicherung durch eine ihm als Obliegenheitsverletzung zurechenbare Handlung herbeigeführt worden ist. § 242 könnte somit auch hier nur unter den Voraussetzungen zur Anwendung kommen, unter denen der Empfänger einer gegenständlich zurückzugewährenden Leistung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist.

II. Vergleich mit den Rücktrittsvorschriften

Es könnte jedoch insoweit ein Widerspruch zu den Rücktrittsvorschriften bestehen, als das Verbot widersprüchlichen Verhaltens dort in stärkerem Umfang verwirklicht sein könnte. Dies könnte zunächst für § 351 gelten, der eine Ausprägung dieses Verbots darstellt.³⁶⁰ Außerdem könnte das Verbot des venire contra factum proprium zu einer Haftung gemäß §§ 347 S. 1, 989 auch in den Fällen führen, in denen eine entsprechende Haftung bei der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht bisher nicht befürwortet worden ist.

Nach § 351 ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Dabei kann das "Verschulden" im Sinne des § 351 nicht als echtes Verschulden im Sinne des § 276 verstanden werden, weil den Berech-

360 Vgl. oben S. 87 f.

tigten vor Erklärung des Rücktritts noch keine gegenüber dem Rücktrittsgegner bestehenden Pflichten hinsichtlich des empfangenen Gegenstandes treffen. § 351 kann aber auch nicht schon bei zufälligen Ereignissen angewendet werden (vgl. § 350).³⁶¹ Diese Vorschrift verlangt vielmehr eine Obliegenheitsverletzung. Sie enthält in erster Linie eine Regelung für den vertraglich eingeräumten Rücktritt und beruht daher auf der Erwägung, daß der Berechtigte die Rücktrittsmöglichkeit kennt und sich deshalb so verhalten muß, daß eine Rückgewähr der empfangenen Leistung nicht gefährdet wird.³⁶² § 351 ist somit weit auszulegen.³⁶³ Man wird jedenfalls in einer bewußten Zerstörung oder Beschädigung des empfangenen Leistungsgegenstandes ein "Verschulden" im Sinne dieser Vorschrift sehen müssen. Nach Sinn und Zweck des § 351 wird aber auch eine Benutzung des Gegenstandes im Regelfall "schuldhaft" im Sinne dieser Bestimmung sein.³⁶⁴ "Verschulden" kann jedoch dann nicht angenommen werden, wenn die Benutzung auch im Interesse des Rücktrittsgegners liegt, z.B. dadurch ein Schaden abgewendet werden soll, den der Rücktrittsgegner sonst ersetzen müßte.³⁶⁵

361 Vgl. oben S. 87 f.

362 Vgl. ESSER, Schuldrecht AT, § 30 II.

363 Vgl. PALANDT/HEINRICHS, § 351 Anm. 2; ESSER, Schuldrecht AT, § 30 II 2.

364 Vgl. LARENZ, Schuldrecht AT, § 26 c; anders RGZ 145, 79 (83).

Vielfach wird § 351 enger ausgelegt und der Rücktritt nur bei einem "Verschulden gegen sich selbst" (vgl. PALANDT/HEINRICHS, § 351 Anm. 2; SOERGEL/SIEBERT/R. SCHMIDT, § 351 Rdn. 2) bzw. einer "zurechenbaren Unachtsamkeit in eigenen Angelegenheiten" (vgl. ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 352 Rdn. 4), also ähnlichen Voraussetzungen wie denjenigen des § 254, ausgeschlossen.

365 Vgl. BGH NJW 1958, 1773 f.; ERMAN/H.P. WESTERMANN, § 351 Rdn. 5.

Deshalb kann § 351 nicht so weit ausgelegt werden, daß ein Rücktritt nur dann möglich ist, wenn die wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe nicht auf ein freies, dem Rücktrittsberechtigten zurechenbares Verhalten zurückgeführt werden kann (so aber sinngemäß STAUDINGER/KADUK, § 351 Rdn. 20, 25; LARENZ, Schuldrecht AT,

Aus § 351 läßt sich somit insoweit kein Wertungswiderspruch zwischen einer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht und einer solchen aufgrund eines vertraglich vorbehaltenen Rücktritts herleiten, als das Verbot widersprüchlichen Verhaltens nicht zu Lasten des Rücktrittsberechtigten unter weitergehenden Voraussetzungen Anwendung findet, als dies hier zu Lasten des Bereicherungsschuldners bejaht worden ist. Der Bereicherungsschuldner befindet sich nur dann in einer Lage, die derjenigen des aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zum Rücktritt Berechtigten vergleichbar ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorliegen. Nur dann muß er ebenso wie dieser mit einer Rückabwicklung rechnen.

Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens könnte jedoch in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts und der Wandlung unter weitergehenden Voraussetzungen als bei einer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht gelten, weil in §§ 327 S. 1, 467 S. 1 1. Halbs. und 480 Abs. 1 auch auf § 351 verwiesen wird. Daraus könnte folgen, daß nach § 351 der Rücktritt unter bestimmten Voraussetzungen auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Rücktritts- oder Wandelungsberechtigte den Rücktritts- oder Wandelungsgrund nicht kennt.³⁶⁶ Es ist jedoch fraglich, ob auch in diesem Fall ein

§ 26 c; LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 201 ff.; v. CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 621 (632 ff.); HUBER, JZ 1974, 433 (439)).

366 So etwa LARENZ, Schuldrecht AT, § 26 c. Er läßt auch in diesem Fall als "Verschulden" schon ein "freies, als Handlung zurechenbares Tun" genügen. Ein Sorgfaltsverstoß ist nach seiner Auffassung nicht erforderlich. Allerdings macht er eine Ausnahme, wenn der Berechtigte einer Rückgabeverpflichtung gegenüber dem Eigentümer nachkommt (vgl. dazu unten S. 173). Der Rücktrittsgegner trägt danach - abgesehen von dem Untergang infolge eines Mangels des Leistungsgegenstandes - im wesentlichen nur das Risiko höherer Gewalt (insoweit übereinstimmend mit Art. 79 Abs. 2 lit. d EKG; vgl. dazu v. CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 621 (632 f.); HUBER, JZ 1974, 433 (439); WEITNAUER, in: DÜLLE, Komm. zum Einheitlichen Kaufrecht, Art. 79 Rdn. 23 ff.). Nach BROX (Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 205) steht dem

schuldhaftes Handeln im Sinne des § 351 möglich ist. Bei der Auslegung des § 351 ist von Sinn und Zweck dieser Vorschrift auszugehen.³⁶⁷ Sie setzt voraus, daß der Rücktritts-berechtigte mit der Rückabwicklung des Vertrages rechnen muß.³⁶⁸ Dies kann beim gesetzlichen Rücktrittsrecht und der Wandelung aber nur angenommen werden, wenn der Berechtigte den Rücktritts- oder Wandelungsgrund kennt. Somit berücksichtigt § 351 das Verbot widersprüchlichen Verhaltens auch in den Fällen des gesetzlichen Rücktritts- und Wandelungsrechts nicht unter weitergehenden Voraussetzungen, als dies hier für das Bereicherungsrecht vorgeschlagen wird. § 351 könnte jedoch in den Fällen einer Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten zu einer Risikoverteilung führen, die sich von derjenigen unterscheidet, die sich nach der hier zugrundegelegten Auffassung zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge für diese Fälle ergibt. Nach dieser Auffassung kann der Empfänger seine Gegenleistung auch dann immer in vollem Umfang nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. zurückverlangen, wenn sich der empfangene Leistungsgegenstand nicht

Berechtigten das gesetzliche Rücktrittsrecht unabhängig von seiner Kenntnis dann nicht zu, wenn die wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder die anderweitig eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe darauf zurückzuführen ist, daß der Berechtigte den empfangenen Gegenstand "in unüblicher Weise genutzt hat". Die überwiegende Auffassung (vgl. etwa PALANDT/HEINRICHS, § 351 Anm. 2; HUBER, JuS 1972, 439 (443)) fordert - wie auch beim vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht - ein "Verschulden gegen sich selbst", das auch in der Person desjenigen vorliegen kann, der den Rücktrittsgrund nicht kennt.

367 Vgl. dazu oben S. 87 f.

368 Nach STUMPP, JuS 1964, 310 (312 ff.) steht dem Berechtigten das gesetzliche Rücktrittsrecht auch nach Untergang des empfangenen Gegenstandes infolge sorgloser Behandlung durch ihn zu, wenn er nichts von seinem Rücktrittsrecht wußte oder wissen konnte (ähnlich LA-RENZ, Schuldrecht AT, bis zur 10. Auflage, § 26 c).

mehr in seinem Besitz befindet oder wenn er untergegangen oder wesentlich verschlechtert worden ist. Mangels eines von dem Leistenden eingesetzten subjektiven Rechts kommt in diesen Fällen auch keine Schadens- oder Wertersatzpflicht gegenüber diesem, sondern nur gegenüber dem berechtigten Dritten in Betracht. § 351 führt aber zunächst dann nicht zu einem anderen Ergebnis, wenn der Empfänger einer Sache diese gemäß § 985 an den Eigentümer herausgibt. Dieses Verhalten kann nicht als schuldhaft im Sinne des § 351 angesehen werden.³⁶⁹ Diese Vorschrift kann aber im Fall einer Durchgriffsmöglichkeit eines berechtigten Dritten auch dann nicht angewendet werden, wenn der empfangene Leistungsgegenstand untergeht oder wesentlich verschlechtert wird. Hier kann keine Obliegenheitsverletzung gegenüber dem Vertragspartner, sondern nur eine Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung gegenüber dem berechtigten Dritten vorliegen. Wenn man § 351 in diesem Fall anwenden würde, könnte der Empfänger einen doppelten Nachteil erleiden, indem er die Gegenleistung nicht zurückverlangen könnte und zusätzlich gegenüber dem Dritten zum Schadens- oder Wertersatz verpflichtet wäre.³⁷⁰ § 351 führt also auch in den genannten Fällen nicht zu einer vom Bereicherungsrecht abweichenden Risikoverteilung.

Es könnte aber insofern ein Wertungswiderspruch zum Bereicherungsrecht bestehen, als eine Obliegenheitsverletzung nach § 351 zum völligen Ausschluß der Rückabwicklung führt, während der Empfänger nach der hier für das Bereicherungsrecht vorgeschlagenen Lösung in den entsprechenden Fällen

369 Vgl. BGHZ 5, 337 (340 f.); PALANDT/HEINRICHS, § 351 Anm. 2; grundsätzlich auch MEZGER, JZ 1953, 67 (70), und NJW 1953, 812 (813); a.A. WOLF, NJW 1953, 164 (166), AcP 153, 97 (130), und NJW 1954, 708 (709); PLANCK/SIBER, § 351 Anm. 1; differenzierend BOEHMER, JZ 1952, 521 (522), und JZ 1953, 392 (394 ff.). Dem Vertragspartner steht in diesem Fall auch kein Schadensersatzanspruch nach §§ 347 S. 1, 989 zu (vgl. oben S. 70).

370 Wendet man § 351 auch bei zufälligen und sonstigen auf keiner Obliegenheitsverletzung des Empfängers beruhenden Ereignissen an, so führt dies zwar nicht zu einem doppelten Nachteil des Empfängers, weil dem durchgriffs-

lediglich zum Schadensersatz nach §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung³⁷¹ oder zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verpflichtet ist, die Gegenleistung aber voll zurückverlangen kann.³⁷² Dieser Unterschied kann sich immer dann auswirken, wenn die erbrachte Gegenleistung einen höheren oder niedrigeren Wert als die empfangene Leistung hat.³⁷³ Die Parteien können jedoch deshalb im Rahmen des § 351 - ähnlich wie in den Fällen der §§ 162 Abs. 2, 324 Abs. 1 - an der Bewertung von Leistung und Gegenleistung festgehalten werden, die sie in dem Vertrag vorgenommen haben, weil sich aus dieser Bewertung kein Nichtigkeitsgrund ergibt.³⁷⁴ Außerdem wird der Empfänger in den Fällen, in denen ein Rücktritt gerade wegen einer fehlenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich zulässig ist, nicht völlig rechtlos gestellt. Bei mangelhafter Lieferung kann er Minderung verlangen (vgl. §§ 462, 634 Abs. 1 S. 3), im Fall des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 Anpassung des Vertrages.³⁷⁵

berechtigten Dritten dann kein Schadens- oder Wertersatzanspruch wegen der Entreicherung zusteht. Eine Anwendung des § 351 scheidet dann aber trotzdem aus, weil der Vertragspartner ungerechtfertigt bevorzugt würde. Er könnte die Gegenleistung behalten, ohne selbst ein Opfer gebracht, d.h. ein eigenes subjektives Recht eingesetzt zu haben.

371 Insoweit handelt es sich außerdem nicht um eine Haftung wegen einer Obliegenheitsverletzung, sondern wegen einer Pflichtverletzung.

372 Deshalb versagen KOPPENSTEINER/KRAMER (a.a.O., S. 185) dem bösgläubigen Empfänger in bestimmten Fällen einen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung nach § 812.

373 Hat die Gegenleistung einen höheren Wert, kann es für den Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 325 günstig sein, gemäß § 325 Abs. 1 S. 3 mit der Folge vom Vertrag Abstand zu nehmen, daß ihm ein Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung gemäß §§ 323 Abs. 3, 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. zusteht.

374 Aus diesem Grund ist auch die gegenüber dem Bereicherungsrecht unterschiedliche Regelung des § 346 S. 2 gerechtfertigt, wonach nicht der wirkliche Wert der empfangenen Leistung zu ersetzen, sondern die Gegenleistung zu entrichten ist.

375 Vgl. dazu MEDICUS, a.a.O., § 7 III 3 a, Rdn. 168.

Die Anwendung des § 351 führt somit nicht zu einem ungerechtfertigten Widerspruch zu der Lösung, die bisher für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge vorgeschlagen worden ist. Ein Wertungswiderspruch könnte aber insofern bestehen, als § 347 S. 1 eine Haftung wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens auch in Fällen vorsehen könnte, in denen eine derartige Haftung für das Bereicherungsrecht bisher nicht befürwortet worden ist. § 347 S. 1 könnte bei einer Rückabwicklung nach einem gesetzlich zugelassenen Rücktritt oder einer Wandelung zu Lasten des Empfängers auch für die Zeit anwendbar sein, während derer er den Rücktritts- oder Wandelungsgrund noch nicht kannte. Dies könnte sich aus der in §§ 327 S. 1, 467 S. 1 1. Halbs. angeordneten entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschrift ergeben. Jedoch enthält auch § 347 in erster Linie eine Regelung für den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt, bei dem der Empfänger von vornherein mit der Möglichkeit einer Rückgewähr rechnen muß³⁷⁶. Der Empfänger haftet daher in diesem Fall bei unwesentlichen Verschlechterungen einer empfangenen Sache und generell nach Erklärung des Rücktritts unter denselben Voraussetzungen gemäß §§ 347 S. 1, 989 auf Schadensersatz, unter denen nach § 351 der Rücktritt ausgeschlossen ist.³⁷⁷ Da § 347 eine Vorschrift ist, die auf dem Gedanken beruht, daß der Empfänger jederzeit mit der Rückgewähr des Erlangten rechnen muß,³⁷⁸ ist diese Bestimmung in den Fällen des gesetzlich zugelassenen Rücktritts und der Wandelung jedenfalls insoweit grundsätzlich erst nach Kenntnis des Empfängers von dem Rücktritts- oder Wandelungsgrund entsprechend anzuwenden, als sie eine volle

376 Eine ähnliche Regelung trifft § 160 Abs. 2.

377 Die Rechtsfolgen der §§ 347, 351 können allerdings vertraglich abbedungen werden.
Unter denselben Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch nach §§ 347 S. 1, 989 gegeben ist, können auch bei einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. Ansprüche aus § 280 und aus positiver Forderungsverletzung entstehen. Diese Schadensersatzansprüche sind insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Empfänger einen Rückgewähranspruch auf Rückabtretung eines Rechts beein-

Schadensersatzhaftung nach § 989 anordnet.³⁷⁹ Grundsätzlich besteht nur unter dieser Voraussetzung eine dem vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vergleichbare Situation.³⁸⁰ Jedoch könnte das Verbot widersprüchlichen Verhaltens bei einer Rückabwicklung infolge eines gesetzlich zugelassenen Rücktritts oder einer Wandelung gebieten, daß der Empfänger unter bestimmten Voraussetzungen für die Zeit bis zur Kenntnis des Rücktritts- oder Wandelungsgrundes gemäß §§ 347 S. 1, 989 zwar nicht zum vollen Schadensersatz, aber doch trotz Fehlens einer dauerhaften Vermögensmehrung zum Wertersatz verpflichtet sein könnte. Dabei könnte das in §§ 347 S. 1, 989 vorausgesetzte Verschulden insoweit als "Unachtsamkeit in eigenen Angelegenheiten", d.h. als Obliegenheitsverletzung, aufzufassen sein.³⁸¹ Zur Begründung einer derartigen Haftung ließe sich möglicherweise anführen, daß auch der gutgläubige Empfänger davon ausgeht, ein unsorgfältiger Umgang mit dem Erlangten wirke sich zu

trächtigt, weil dann kein Anspruch nach §§ 347 S. 1, 989 besteht. Eine Unmöglichkeit der Rückgewähr kann hier z.B. dadurch eintreten, daß der Empfänger eine zurückzugewährende Forderung dem Schuldner nach § 397 Abs. 1 erläßt.

378 Vgl. MUGDAN, Bd. 2, S. 156 (Motive).

379 So die überwiegende Auffassung (ESSER, Schuldrecht AT, § 51 II 1; PALANDT/HEINRICHS, § 347 Anm. 2; RGRK/WILDE, § 347 Rdn. 6; BROX, Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 209; SOERGEL/SIEBERT/R.SCHMIDT, § 347 Rdn. 2; PALANDT/PUTZO, § 467 Anm. 3 a; THIELMANN, VersR 1970, 1069 (1072)). Allerdings wird man die Rechtshängigkeit der Kenntnis gleichstellen müssen. § 989 ist somit unter denselben Voraussetzungen anwendbar, die auch die Auffassung aufstellt, die zu einer Haftung nach § 989 über §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292 Abs. 1 mittels einer analogen Anwendung des § 327 S. 2 gelangt (vgl. oben S. 86). Eine andere Auffassung (RGZ 145, 79 (81 f.); WOLF, AcP 153, 97 (128); ERMAN/WEITNAUER, § 440 Rdn. 26 und § 467 Rdn. 7 a; STAUDINGER/WERNER, § 467 Rdn. 4) bejaht eine Haftung auch des Gutgläubigen nach §§ 347, 987 ff. in vollem Umfang schon ab Empfangnahme der Leistung.

380 Der Empfänger kann auch einem Anspruch aus § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung grundsätzlich erst ab Kenntnis des Rücktritts- oder Wandelungsgrundes oder Rechtshängigkeit ausgesetzt sein.

381 So GLASS, Gefahrtragung und Haftung, S. 41 ff.; LESER,

seinen Lasten aus.³⁸² Außerdem könnte man sich eventuell auf den Rechtsgedanken des § 487 Abs. 2 und 3 stützen, der eine Wertersatzhaftung anordnet.³⁸³ Jedoch erscheint zunächst fraglich, ob § 487 Abs. 2 und 3 auch denjenigen zum Wertersatz verpflichtet, der den Wandlungsgrund nicht kennt. Dagegen spricht, daß die Wertersatzpflicht des Empfängers nach § 487 Abs. 2 S. 1 an die Stelle der §§ 351 ff. treten soll, die grundsätzlich Kenntnis des Berechtigten von dem gesetzlichen Rücktritts- oder Wandlungsgrund voraussetzen.³⁸⁴ Außerdem ist zu bedenken, daß § 487 eine - möglicherweise nicht analogiefähige - Sondervorschrift für den Viehkauf darstellt, bei dem eine Minderung ausgeschlossen ist (§ 487 Abs. 1). Selbst wenn § 487 unter weitergehenden Voraussetzungen eine Wertersatzhaftung zulassen sollte, als sie hier für die Schadenersatzhaftung nach §§ 347 S. 1, 989 aufgestellt worden sind, so würde diese Haftung nicht auf dem Verbot des *venire contra factum proprium* beruhen.³⁸⁵ Eine Haftung des Gutgläubigen läßt sich weder im Rahmen des § 487 noch des § 347 S. 1

Der Rücktritt vom Vertrag, S. 199 ff.; WEITNAUER, NJW 1970, 637 (639); ESSER/E.SCHMIDT, Schuldrecht AT, Bd. 2, § 28 III 4.1.1.

- 382 Dementsprechend schränkt DIESELHORST (Die Natur der Sache, S. 96 ff., 202) § 818 Abs. 3 bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge ein, wenn den Empfänger ein "Verschulden in eigenen Angelegenheiten" an der Entreicherung trifft. Diese Einschränkung leitet er aus der "Natur der Sache" her.
- 383 Vgl. GLASS, a.a.O., S. 42 f., der insoweit auf die Gesetzesmaterialien (PROTOKOLLE, Bd. 1, S. 802 f.) hinweist.
- 384 Auch § 352 ist nur im Fall der Kenntnis des Empfängers von dem gesetzlichen Rücktritts- oder Wandlungsgrund anwendbar (vgl. § 467 S. 1 2. Halbs.). Diese Vorschrift stellt ebenfalls eine Ausprägung des Verbots des *venire contra factum proprium* dar (vgl. PALANDT/HEINRICHS, § 352 Anm. 1).
- 385 Vgl. FLUME, NJW 1970, 1161 (1166); a.A. WIELING, JuS 1973, 397 (400), der ein "*venire contra factum proprium*" allerdings schon wegen einer Gefährübernahme durch den Empfang der Leistung annimmt (vgl. oben Fußn. 357).

damit begründen, der Empfänger gehe davon aus, ein unsorgfältiger Umgang mit dem Erlangten wirke sich zu seinen Lasten aus. Der Empfänger kann - und dies wird auch seiner Vorstellung entsprechen - einen Vermögensnachteil auch dadurch erleiden, daß er mit dem empfangenen Gegenstand sorgfältig umgeht und ihn bestimmungsgemäß verwendet. Das "Verschulden in eigenen Angelegenheiten" ist somit weder im Rahmen des § 487 noch darüber hinaus ein geeignetes Abgrenzungskriterium für eine Haftung des Gutgläubigen.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens in den Rücktrittsvorschriften nicht unter weitergehenden Voraussetzungen verwirklicht ist, als dies hier für das Bereicherungsrecht vorgeschlagen wird. Es besteht insoweit kein Wertungswiderspruch zwischen beiden Regelungskomplexen.

Es kann somit festgestellt werden, daß das aus § 242 herzuleitende Verbot widersprüchlichen Verhaltens bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nicht zu einer stärkeren Einschränkung des § 818 Abs. 3 führt, als dies bei einem einseitigen Bereicherungsanspruch der Fall ist.

§ 15 Eigener Lösungsvorschlag: Teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3

Man könnte jedoch § 818 Abs. 3 dann, wenn der Empfänger für die erhaltene Leistung eine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen wollte, mittels einer sog. teleologischen Reduktion auch in den Fällen einschränken, in denen die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht vorliegen.

A. Methodische Begründung und Auswirkungen dieses Lösungsansatzes im allgemeinen

Bei einer teleologischen Reduktion handelt es sich um die Einschränkung einer Norm entgegen ihrem Wortlaut, aber in Einklang mit ihrem Sinn und Zweck. Voraussetzung ist eine sog. verdeckte Regelungslücke, d.h. daß die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch eine Fallgruppe umfaßt, auf die sich nach ihrem Sinn und Zweck die angeordnete Rechtsfolge nicht oder nicht in vollem Umfang erstrecken soll.³⁸⁶

Zunächst kann festgestellt werden, daß sich aus dem Wortlaut des § 818 Abs. 3 ohne weiteres entnehmen läßt, daß diese Vorschrift bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages in demselben Umfang wie beim einseitigen Bereicherungsanspruch anzuwenden ist. Dies könnte jedoch dem Sinn und Zweck des § 818 Abs. 3 widersprechen, weil dieser im wesentlichen dahin geht, daß der Empfänger in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs geschützt und deshalb in bestimmten Fällen gegenüber demjenigen privilegiert werden soll, bei dem die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorliegen.³⁸⁷ Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen

386 Vgl. schon oben S. 58.

387 Vgl. oben S. 157 ff.

Vertrages könnte zu berücksichtigen sein, daß das Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs hier die Vorstellung einschließt, eine erbrachte Gegenleistung nicht zurückzuerhalten.³⁸⁸

Diese Überlegung kann allerdings nicht dazu führen, daß der gutgläubige Empfänger einer untergegangenen Leistung, soweit § 818 Abs. 3 dem Vertrauensschutz dient, die Gegenleistung nicht zurückverlangen kann. Eine derartige Lösung würde der Rechtsgrundlosigkeit der erbrachten Gegenleistung nicht gerecht. Die Anwendung des § 818 Abs. 3 kann nur zur Folge haben, daß der Empfänger vermögensmäßig so gestellt wird, wie dies seiner Vorstellung, d.h. seinem Vertrauen, entspricht, kann aber nicht eine konkrete Rückgewähr der erbrachten Gegenleistung ausschließen. Auch läßt sich aus der genannten Überlegung nicht herleiten, daß der Empfänger der untergegangenen Leistung in jedem Fall Wertersatz in Höhe des Wertes zahlen muß, den die Gegenleistung zum Zeitpunkt der Entstehung der Rückgewährpflicht hat, bzw. in der Höhe, in der der Empfänger der Gegenleistung - z.B. im Fall einer nicht gegenständlichen Gegenleistung oder des Untergangs auch der Gegenleistung - seinerseits zum Schadens- oder Wertersatz verpflichtet ist. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, daß eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 lediglich dazu führen kann, daß die Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 und eine sich aus den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften ergebende Schadensersatzpflicht wiederauflebt. Sie kann nicht eine selbständige Schadens- oder Wertersatzpflicht des Empfängers der Leistung begründen, die der Höhe nach darüber hinausgeht. Sinn und Zweck aller Vertrauenstatbestände, zu denen

388 Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 145; ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2. Auch DIESELHORST (a.a.O., S. 48 f., 58 f.) sieht diese Überlegung - neben anderen - als maßgeblich an. Zur Entstehung des Vertrauens auf das Behaltendürfen der Leistung beim fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrag vgl. schon oben S. 120.

auch § 818 Abs. 3 gehört, ist es außerdem, den Vertrauens- den zu schützen. Deshalb darf der gutgläubige Empfänger nicht schlechter stehen, als er stände, wenn er die wahren Um- stände (d.h. hier: die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs) gekannt hätte. Dann wäre der Empfänger gemäß §§ 819 Abs.1, 818 Abs. 4 iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positi- ver Forderungsverletzung zum Schadensersatz und gemäß § 818 Abs. 2 zum Wertersatz in Höhe des Wertes der empfan- genen Leistung verpflichtet.³⁸⁹ Daraus läßt sich entnehmen, daß der Empfänger aufgrund der oben genannten Überlegung im Fall einer Verpflichtung zur gegenständlichen Rückge- währ der Leistung höchstens bis zur Höhe eines Schadens seines Partners (d.h. in der Regel des Wertes des zurück- zugewährenden Gegenstandes³⁹⁰) und im übrigen immer höch- stens bis zur Höhe des Wertes der empfangenen Leistung haf- ten darf.

Eine derartige auf Sinn und Zweck der Vorschrift gegründe- te Einschränkung des § 818 Abs. 3 kann jedoch möglicher- weise dann nicht vorgenommen werden, wenn der Gesetzgeber die Entreicherung bewußt auch für den Fall der Rückabwick- lung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages so hat regeln wollen, wie es dem Wortlaut des § 818 Abs. 3 ent- spricht. Dann könnte es an einer verdeckten Regelungslücke fehlen. Jedoch läßt sich aus den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber die besonderen Probleme gesehen hat, die die Rückabwicklung fehlgeschlagener gegen- seitiger Verträge aufwirft. Diese Probleme sind weder von der 1. Kommission bei der Beratung des § 739 Abs. 2 des 1. Entwurfs zum BGB, einer dem § 818 Abs. 3 entsprechenden

389 Wenn man § 818 Abs. 3 auch in bezug auf zufällige Er- eignisse als Regelung des Vertrauensschutzes ansieht und den hier erörterten Lösungsansatz auch auf solche Fälle ausdehnt, so ergibt sich aus diesem Gedanken, daß der gutgläubige Empfänger trotzdem von einer Haf- tung für Zufall befreit ist, da dann auch der Bösgläu- bige nicht haftet.

390 Der Schaden des Partners ist ausnahmsweise höher, wenn er einen entgangenen Gewinn geltend machen kann (§ 252).

Bestimmung, noch von der 2. Kommission bei der Schaffung des § 724 Abs. 3 des 2. Entwurfs, der mit dem heutigen § 818 Abs. 3 übereinstimmt, erörtert worden.³⁹¹ Man hat vielmehr lediglich den einseitigen Bereicherungsanspruch im Auge gehabt.^{391a}

Es bestehen somit grundsätzlich keine Bedenken dagegen, § 818 Abs. 3 im Fall der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages teleologisch zu reduzieren, indem der gutgläubige Empfänger insoweit nicht durch diese Vorschrift privilegiert wird, als er sich bis zur Höhe des Wertes einer erbrachten Gegenleistung nicht auf eine Entreichnung bezüglich der empfangenen Leistung berufen darf.³⁹²

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz ergibt sich bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge somit folgende Rechtslage: Die Risikoverteilung weicht dann nicht von derjenigen ab, die bei einem einseitigen Bereicherungsanspruch besteht, wenn zu Lasten des entreicherten Empfängers der Leistung die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. gegeben sind. Dann haftet der Empfänger bei gegenständlich zurückzugewährenden Leistungen unter den Voraussetzungen der §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. des § 280 oder der positiven Forderungsverletzung auf Schadensersatz. Unter denselben Voraussetzungen kann sich der Empfänger im übrigen gemäß § 242 gegenüber einer Wert-

391 Vgl. zu § 439 Abs. 2 des 1. Entwurfs MOTIVE, Bd. 2, S. 836 ff.; zu § 724 Abs. 3 des 2. Entwurfs PROTOKOLLE, Bd. 2, S. 702 ff.

391a Vgl. auch ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2; KOPPENSTEINER/KRAMER, a.a.O., S. 143; DEPLEWSKI, Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma, S. 7.

392 Die Rechtsprechung und die anderen Vertreter der Saldotheorie haben sich mit einer derartigen Lösung bisher wohl deshalb nicht auseinandergesetzt, weil sie - allerdings aufgrund von Korrekturen, mit denen sie ihren dogmatischen Ansatzpunkt verlassen - in vielen Punkten wirtschaftlich zu denselben Ergebnissen gelangen.

ersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 nicht auf eine Entreich-
erung (§ 818 Abs. 3) berufen, weil dies wegen der hier vor-
liegenden Obliegenheitsverletzung des Empfängers ein wider-
sprüchliches Verhalten wäre. Liegen die Voraussetzungen
der §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht vor, so führt § 818 Abs. 3
bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Ver-
träge nur eingeschränkt zu einer Privilegierung des Empfän-
gers. Hier werden durch diese Vorschrift - im Gegensatz
zu der Rechtslage beim einseitigen Bereicherungsanspruch -
nicht ein Schadensersatzanspruch nach § 280 oder aus posi-
tiver Forderungsverletzung und ein Wertersatzanspruch aus
§ 818 Abs. 2 ausgeschlossen, sondern nur insoweit gemil-
dert, als ein beim Vertragspartner durch die Verletzung
der Rückgewährverpflichtung entstandener Schaden bzw. der
Wert der empfangenen Leistung den Wert der rechtsgrundlos
erbrachten Gegenleistung überschreitet^{393,394}. Dann steht
dem Vertragspartner lediglich ein eingeschränkter Schadens-

393 DIESELHORST beschränkt im Rahmen seines Lösungsan-
satzes in ähnlicher Weise den Wertersatzanspruch gegen
den Empfänger der untergegangenen Leistung auf den
Wert der eingesetzten Gegenleistung (vgl. a.a.O.,
S. 58 ff.). Aus rechtspolitischer Sicht stellt er je-
doch die Möglichkeit des Empfängers, sich wegen des
darüber hinausgehenden Wertes der empfangenen Leistung
auf § 818 Abs. 3 zu berufen, in Frage, weil dadurch
derjenige begünstigt werde, für den das fehlgeschlagene
Geschäft von Vorteil gewesen sei (vgl. a.a.O., S. 204).
Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, daß
diese Möglichkeit des Empfängers darin begründet ist,
daß jede Partei das Risiko für das von ihr zur Erfül-
lung des Vertrages eingesetzte Vermögen zu tragen hat.
Die bei Gutgläubigkeit des Empfängers bestehende Risi-
koverteilung wird lediglich dann korrigiert, wenn sein
Verhalten gegenüber seinem Partner eine derartige In-
tensität erreicht hat, daß diesem ein Schadensersatz-
anspruch (z.B. aus culpa in contrahendo oder §§ 823 ff.)
zusteht.

394 Die Möglichkeit des Empfängers, sich auf § 818 Abs. 3
zu berufen, ist auch dann in der beschriebenen Weise
eingeschränkt, wenn er im Einzelfall weder die Gegenlei-
stung gegenständig zurückverlangen noch (etwa bei
Untergang, Verschlechterung und fehlender vermögens-
mehrender Wirkung der Gegenleistung infolge zufälliger
Ereignisse, des Handelns eines Deliktsunfähigen oder
ebenfalls Gutgläubigen) einen Schadens- oder Wertersatz-
anspruch geltend machen kann. Dies läßt sich damit be-
gründen, daß jeder die mit seiner Leistung verbundenen
Risiken zu tragen hat.

oder Wertersatzanspruch zu. In Fällen bloßer Verschlechterung oder Wertminderung der empfangenen Leistung ist der sich nach den genannten Grundsätzen ergebende Schadens- oder Wertersatzanspruch der Höhe nach um den Wert der noch vorhandenen und gegenständlich zurückzugewährenden Leistung zu mindern.³⁹⁵

§ 818 Abs. 3 wird aber dann nicht in der genannten Weise eingeschränkt, wenn der Empfänger gar nicht davon ausgeht, das aufgrund des vermeintlich wirksamen gegenseitigen Vertrages Erlangte endgültig behalten zu dürfen, weil die Parteien in dem nichtigen Vertrag vereinbart haben, eine erlangte Sache müsse nach einer bestimmten Zeit zurückübergeben werden.³⁹⁶ Außerdem sind bei fehlerhaften Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen die Beschränkungen zu berücksichtigen, die sich aus der Lehre vom fehlerhaften Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis ergeben.³⁹⁷ Hier kann der Empfänger der Leistung die Gegenleistung gegebenenfalls überhaupt nicht zurückverlangen.

395 Die hier vertretene Lösung würde auch dann gelten, wenn man in jedem Fall § 818 Abs. 3 uneingeschränkt anwenden würde, statt dessen aber bei einem schuldhaften Eingriff in fremde Rechte in Kenntnis der mangelnden Berechtigung immer zu einer Schadensersatzhaftung in Höhe des üblichen Entgelts oder eines höheren Gewinns gelangte (vgl. oben Fußn. 326). Auch dann wäre eine Haftung des Gutgläubigen ausgeschlossen, wenn keine Gegenleistung vorgesehen war. Hat der Empfänger jedoch eine solche Gegenleistung erbracht, so wäre auch hier zu berücksichtigen, daß seine Gutgläubigkeit im Regelfall zwangsläufig mit der Vorstellung verbunden ist, die Gegenleistung nicht zurückzuerhalten.

396 Dies ist etwa bei Bestellung einer Sicherheit für eine Forderung der Fall, die als Gegenleistung für die Auszahlung eines Darlehens vereinbart werden kann (vgl. oben Fußn. 14). Entsprechendes gilt, wenn der Empfänger - etwa beim nichtigen Darlehensvertrag - davon ausgeht, den empfangenen Gegenstand behalten zu dürfen, aber einen gleichartigen Gegenstand zurückübereignen zu müssen. Aus ähnlichen Gründen ist bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Darlehensvertrages auch § 817 S. 2 nicht hinsichtlich der Darlehenssumme anzuwenden. "Leistung" im Sinne dieser Bestimmung ist vielmehr die vorübergehende Kapitalnutzung (vgl. RGZ 161, 52 (56 ff.); BGHZ 28, 255 (257); 41, 341 (343); 50, 90 (92); BGH LM

B. Die Anwendung dieses Lösungsansatzes in besonderen Fallkonstellationen

Es bleibt zu überprüfen, ob auch besondere Fallkonstellationen mit diesem Lösungsansatz in angemessener Weise beurteilt werden können.

I. Der spätere Wegfall des rechtlichen Grundes (§ 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt.)

Zunächst stellt sich die Frage, ob dieser Lösungsansatz auch in den Fällen Geltung beanspruchen kann, in denen der rechtliche Grund für die empfangene Leistung erst später (etwa durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, vgl. § 158 Abs. 2, oder Kündigung) wegfällt. Wenn der Wegfall des Rechtsgrundes nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, haftet der Empfänger dann über §§ 820 Abs. 1 S. 2, 818 Abs. 4 gemäß §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung auf Schadensersatz, weil er mit einer Rückabwicklung rechnen mußte.³⁹⁸ Unter dieser Voraussetzung ist er, wenn er die Entreichung durch eine Obliegenheitsverletzung herbeigeführt hat, auch trotz der Entreichung zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verpflichtet, weil die Berufung auf

Nr. 15 zu § 817; BGH NJW 1963, 1870; MEDICUS, a.a.O., § 27 III 4 c bb, Rdn. 699; STAUDINGER/SEUFERT, § 817 Rdn. 20; PALANDT/THOMAS, § 817 Anm. 3 c bb).

397 Vgl. dazu oben Fußn. 321.

398 Dies gilt auch im Rahmen einer Rückabwicklung nach §§ 323 Abs. 3, 812 ff., wenn die Parteien bei Abschluß des Vertrages damit gerechnet haben, daß Unmöglichkeit eintreten könnte (vgl. RGZ 123, 401 (406); BGH NJW 1975, 1510 (1511)). Dies läßt sich damit begründen, daß man die Unmöglichkeit der Leistung als auflösende Bedingung für die Verpflichtung zur Gegenleistung ansehen könnte, durch die der rechtliche Grund wegfallen würde. Dann könnte man die §§ 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt., 820 Abs. 1 S. 2 direkt anwenden (vgl. auch oben Fußn. 248). Ähnliches wird auch im Fall des gesetzlich zugelassenen Rücktritts und der Wandelung zu gelten haben. Auch der

§ 818 Abs. 3 dann ein nach § 242 unzulässiges widersprüchliches Verhalten wäre. Soweit diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist er im Fall einer einseitigen Leistung gemäß § 818 Abs. 3 von jeder Haftung befreit. Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages wird er aber auch hier insoweit nicht nach § 818 Abs. 3 privilegiert, als er die Vorstellung hat, die erbrachte Gegenleistung nicht zurückzuerhalten. Daraus ergibt sich, daß der Empfänger der Leistung auch bei späterem Wegfall des rechtlichen Grundes im Fall ihres Untergangs, ihrer Verschlechterung oder einer sonstigen Entreicherung grundsätzlich zum Schadensersatz nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung und zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 - jeweils bis zur Höhe des Wertes der zurückzugewährenden Gegenleistung - verpflichtet sein kann. Lediglich bei zufälligen und sonstigen ihm nicht als Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurechenbaren Ereignissen, bei denen er auch unter der Voraussetzung des § 820 Abs. 1 S. 2 weder Schadens- noch Wertersatz schulden würde, ist er gemäß § 818 Abs. 3 von einer Haftung völlig befreit.

II. Die Rückabwicklung nach arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung

Der hier befürwortete Lösungsansatz könnte aber den arglistig Getäuschten oder widerrechtlich Bedrohten bei einer Rückabwicklung nach einer Anfechtung gemäß § 123 nicht hinreichend schützen.³⁹⁹ Als Argument könnte man hierfür wieder anführen, der arglistig Getäuschte und der widerrechtlich

Rücktritt und die Wandelung können als Eintritt einer auflösenden (Wollens-)Bedingung verstanden werden (vgl. oben S. 134).

399 Der Bundesgerichtshof (BGHZ 53, 144 ff.; 57, 137 (148 ff.); BGH LM Nr. 18 zu § 123 BGB) und diejenigen Vertreter der Saldotheorie, die zugunsten des arglistig Getäuschten und widerrechtlich Bedrohten eine Ausnahme zulassen (vgl. oben Fußn. 222, 223), wenden hier grundsätzlich die Zweikonditionentheorie in ihrer strengen Form an,

Bedrohte dürften nicht schlechter als der gesetzlich zum Rücktritt oder zur Wandelung Berechtigte stehen.⁴⁰⁰ Der Leistungsempfänger würde beim gesetzlich zugelassenen Rücktritt und bei der Wandelung dann besser als nach der hier für das Bereicherungsrecht vorgeschlagenen Lösung stehen, wenn er seine Gegenleistung auch in Fällen des Untergangs, der Verschlechterung und der fehlenden vermögensmehrenden Wirkung der empfangenen Leistung ohne Schadens- oder Wertersatzverpflichtung zurückverlangen könnte, in denen dies bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nach §§ 812 ff. nicht möglich ist.

Einer solchen mildernden Haftung des gesetzlich zum Rücktritt oder zur Wandelung Berechtigten steht zwar in den meisten Fällen nicht § 351 entgegen, da diese Vorschrift Kenntnis des gesetzlichen Rücktritts- oder Wandelungsgrundes voraussetzt.⁴⁰¹ Es ist jedoch fraglich, ob sich aus einer Norm des BGB entnehmen läßt, daß die Haftung nach §§ 346 ff. bei einer entsprechenden Anwendung auf die Fälle des gesetzlich zugelassenen Rücktritts oder der Wandelung weniger streng als die hier für das Bereicherungsrecht vorgeschlagene Haftung ist.

Eine derartige Besserstellung läßt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 327 S. 2 auf den Berechtigten entnehmen. Abgesehen von den oben⁴⁰² vorgebrachten grundsätzlichen Bedenken spricht dagegen, daß § 327 S. 2 als Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht auch § 818 Abs. 3 in vollem Umfang zur Anwendung bringen würde. Daraus kann entnommen werden, daß die hier vorgeschlagene teleologische Reduktion dieser Vorschrift auch im Rahmen

d.h. der arglistig getäuschte oder widerrechtlich bedrohte Empfänger soll ebenso wie der Empfänger einer einseitigen Leistung haften. Zu diesem Ergebnis gelangen auch Autoren, die anderen bisher erörterten Lösungssätzen folgen, sich aber in Fällen der arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung zu Ausnahmen genötigt sehen (vgl. z.B. LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, S. 81 f.; PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51).

400 Vgl. schon oben S. 85 ff. und 113 ff.

401 Vgl. oben S. 171 f.

402 Vgl. oben S. 89 ff.

einer Haftung gemäß §§ 327 S. 2, 812 ff. zu beachten wäre. Im Fall der Kenntnis des Empfängers von der Rückabwicklungsmöglichkeit und im Fall der Rechtshängigkeit bestehen ohnehin keine Wertungswidersprüche zwischen §§ 346 ff. und §§ 812 ff.⁴⁰³

Der Empfänger könnte aber bei einer Rückabwicklung nach einem gesetzlich zugelassenen Rücktritt oder einer Wandlung deshalb besser als nach Bereicherungsrecht stehen, weil er, solange er nichts von dem Rücktritts- oder Wandlungsgrund weiß, bei Untergang oder Verschlechterung der empfangenen Leistung oder sonstiger Entreicherung von einer Schadens- oder Wertersatzpflicht befreit sein könnte. Dies könnte sich daraus ergeben, daß die §§ 346 f. insoweit auch bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen oder Rechtshängigkeit voraussetzen könnten.⁴⁰⁴ Jedoch ist zu berücksichtigen, daß die Haftungsbefreiung des Gutgläubigen auch hier dem Schutz seines Vertrauens auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs dienen soll und daß dieses Vertrauen die Vorstellung einschließt, eine erbrachte Gegenleistung nicht zurückzuerhalten. Deshalb muß der Gutgläubige auch bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages nach §§ 346 ff. im Fall der Verletzung einer gegenständlichen Rückgewährverpflichtung Schadensersatz nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung bis zur Höhe des Wertes der zurückzugewährenden Gegenleistung zahlen.^{405,406}

403 Vgl. oben S. 171 ff.

404 Vgl. oben S. 175 f.

405 Lügen bei Kenntnis des Rücktrittsgrundes die Voraussetzungen des § 351 vor, so ist fraglich, ob die Haftung des Empfängers auf den Wert der empfangenen Leistung begrenzt werden muß, weil der Empfänger dann bei einer höherwertigen Gegenleistung auch bei Kenntnis einen größeren Vermögensnachteil erleiden würde.

406 Vertritt man die Auffassung, daß § 487 Abs. 2 und 3 auch eine Haftung des Gutgläubigen regeln (vgl. oben S. 177), so kann man auch diese Vorschrift in der beschriebenen Weise auslegen und sie so in das System des Rückabwicklungsrechts einfügen.

Aus denselben Gründen wie der Empfänger gegenständlich zurückzugewährender Leistungen ist auch der Empfänger nicht gegenständlich zurückzugewährender Leistungen bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages nach einem gesetzlich zugelassenen Rücktritt oder einer Wandelung im Fall einer vor Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen oder Rechtshängigkeit eintretenden Entreicherung nicht grundsätzlich von einer Wertersatzpflicht nach § 346 S. 2 befreit. Derjenige, der die Rücktrittsvoraussetzungen kennt oder dem gegenüber Rechtshängigkeit eingetreten ist, kann hier, wenn die Entreicherung durch eine ihm als Obliegenheitsverletzung zurechenbare Handlung herbeigeführt worden ist, im Gegensatz zum Bereicherungsschuldner entweder gemäß § 351⁴⁰⁷ überhaupt nicht zurücktreten, oder er haftet gemäß oder analog § 346 S. 2 in Höhe des Wertes der Gegenleistung. Aus diesem Grund braucht auch die Haftung des Gutgläubigen hier nicht auf den Wert der empfangenen Leistung begrenzt zu werden. Der Gutgläubige wird insoweit nicht gegenüber demjenigen privilegiert, der die Rücktrittsvoraussetzungen kennt oder dem gegenüber Rechtshängigkeit eingetreten ist. Dieser - nicht wesentliche - Unterschied zum Bereicherungsrecht ist damit zu rechtfertigen, daß § 346 S. 2 einen wirksamen Vertrag zwischen den Parteien voraussetzt.⁴⁰⁸

Der Empfänger ist somit auch im Fall der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages gemäß §§ 346 ff. nach einem gesetzlich zugelassenen Rücktritt oder einer Wandelung nicht ungerechtfertigt besser gestellt als bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nach der hier zum Bereicherungsrecht vorgeschlagenen Lösung.⁴⁰⁹

407 § 351 ist hier etwa bei einem Rechtserwerb nach §§ 946 f. anwendbar, der keine gegenständliche Rückgewährpflicht auslöst (vgl. § 951 Abs. 1 S. 2).

408 Vgl. oben Fußn. 374.

409 Die Haftung im Rahmen einer Rückabwicklung gemäß §§ 346 ff. nach einem gesetzlich zugelassenen Rücktritt oder einer Wandelung ist auch nicht insofern milder als die nach Bereicherungsrecht, als der Empfänger beim Untergang, der Verschlechterung der empfangenen Leistung oder einer sonstigen Entreicherung im Fall

Die Haftung des arglistig getäuschten oder widerrechtlich bedrohten Empfängers im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge könnte allerdings gemäß § 254 gemildert sein. Zwar bestehen gegen eine generelle Heranziehung von Gesichtspunkten wie Verursachung und Verschulden für die Verteilung des Entreicherungsrisikos jedenfalls insoweit Bedenken, als nicht die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. gegeben sind.⁴¹⁰ Jedoch kann § 254 im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung angewendet werden.⁴¹¹ Daraus könnte sich auch eine Einschränkung des gegen den gutgläubigen Empfänger bestehenden Anspruchs ergeben, weil die Haftung des Gutgläubigen keinesfalls schärfer als diejenige des Bösgläubigen sein darf.⁴¹² Gegen einen Ausschluß oder eine Minderung des Schadensersatzanspruchs des arglistig Täuschenden oder widerrechtlich Drohenden gemäß § 254 spricht jedoch, daß die Täuschung und die Drohung in ihrem Gewicht vollkommen hinter das Ver-

der Gutgläubigkeit etwa nur für ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten gemäß §§ 346 S. 2, 347 S. 1, 989 auf Schadens- oder Wertersatz haftet. Eine derartige Haftung läßt sich weder begründen noch ist sie ausreichend (vgl. dazu oben S. 177 f.).

410 Vgl. oben S. 148 f.

411 Entsprechendes könnte für den Anspruch aus §§ 347 S. 1, 989 gelten.

412 Zum Teil wenden diejenigen, die bei arglistiger Täuschung grundsätzlich von der strengen Zweikondiktionentheorie ausgehen, § 254 auf das Verschulden des arglistig getäuschten Empfängers an Untergang oder Verschlechterung der gegenständlich zurückzugewährenden Leistung gerade bei dessen Gutgläubigkeit an, um den Empfänger in diesen Fällen nicht völlig zu entlasten (so RGRK/HEIMANN-TROSIEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 5; KÖHNE, JR 1972, 112 f.). § 254 kann jedoch nur einen Anspruch ausschließen oder mindern, nicht einen solchen begründen. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 57, 137 (151 ff.)) will das Mitverschulden in derselben Weise über § 242 berücksichtigen. Eine derartige Lösung führt dazu, daß

schulden des Empfängers am Untergang oder an der Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes zurücktreten.⁴¹³ Die arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung, die lediglich für den Empfang des Leistungsgegenstandes kausal gewesen sind, dürfen dem Empfänger nicht die Möglichkeit geben, mit dem Gegenstand unsorgfältig umzugehen, ohne sich der Gefahr einer vollen Schadensersatzpflicht auszusetzen.^{414,415} Außerdem erscheint darüber hinaus zweifelhaft, ob § 254 auf den wegen einer Obliegenheitsverletzung des Empfängers trotz Entreicherung bestehenden Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 angewendet werden kann. Obwohl diese Haftung an ein deliktsähnliches Verhalten des Empfängers anknüpft,⁴¹⁶ bestehen dagegen deshalb Bedenken, weil dieser Wertersatzanspruch nicht wie ein Schadensersatzanspruch eine beim

der Empfänger bei Anwendung der Zweikonditionentheorie auch im Fall der Gutgläubigkeit nur dann völlig von einer Haftung befreit wird, wenn ihn an dem Untergang oder der Verschlechterung des Leistungsgegenstandes kein Verschulden trifft. Insofern besteht eine Übereinstimmung mit der hier für den Regelfall der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages vertretenen Auffassung. Gegen eine generelle Berücksichtigung des in § 254 enthaltenen Rechtsgedankens in der genannten Weise HUBER, JuS 1972, 439 (442 f.); HONSELL, NJW 1973, 350 (352).

- 413 Zum Teil wird angenommen, § 254 sei hier nicht anwendbar, da sich arglistige Täuschung und Verschulden am Untergang der Leistung nicht auf dasselbe Ereignis bezögen und eine Abwägung deshalb willkürlich sein müsse (vgl. HONSELL, a.a.O.; LIEB, JZ 1972, 442 (444)).
- 414 Ein hinreichender innerer Zusammenhang zwischen arglistiger Täuschung und Untergang, der eine Anwendung des § 254 rechtfertigt, ist allerdings dann anzunehmen, wenn der Untergang (teilweise) Folge eines arglistig verschwiegenen Mangels des Leistungsgegenstandes ist (vgl. HONSELL, MDR 1970, 717 (718)).
- 415 Deshalb schließen die wesentliche Verschlechterung, der Untergang und eine anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr des Leistungsgegenstandes, die auf einer dem Empfänger zurechenbaren Obliegenheitsverletzung in Kenntnis des Wandlungsgrundes beruhen, auch dann eine Wandelung gemäß §§ 351, 467 S. 1 1. Halbs. aus,

Gläubiger eingetretene Einbuße ausgleichen soll. Deshalb könnte das Verhalten des Gläubigers hier unerheblich sein. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung wie jedes andere Verschulden an dem Grund der Rückabwicklung - und wie auch das Vertretenmüssen des gesetzlichen Rücktritts- und Wandlungsgrundes⁴¹⁷ - grundsätzlich nur dann Einfluß auf die Risikoverteilung haben können, wenn sie einen selbständigen Schadensersatzanspruch (z.B. aus § 823 Abs. 2 iVm §§ 240, 253, 263 StGB oder aus § 826) auslösen.^{418, 419} Andererseits ist zu beachten, daß der arglistig Getäuschte und der widerrechtlich Bedrohte nach Anfechtung des Vertrages nicht gemäß § 122 zum Schadensersatz verpflichtet sind.

wenn der Berechtigte arglistig getäuscht worden ist. Dies gilt, obwohl § 351 grundsätzlich - wie auch § 324 in den entsprechenden Fällen - zumindest nicht in vollem Umfang angewendet werden kann, wenn beide Parteien die wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr zu vertreten haben.

416 Vgl. oben S. 156 f.

417 Vgl. oben S. 89 f.

418 Gegen diese Auffassung läßt sich nicht anführen, der arglistig Täuschende und der widerrechtlich Drohende müßten für ihr Verhalten darüber hinaus mit einer Sanktion belegt werden (so aber PAWLOWSKI, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 51). Der Strafgedanke ist der Zivilrechtsordnung, die im wesentlichen Risiken angemessen verteilen will, fremd.

419 Teilweise wird allerdings bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung der von dem anderen Vertragspartner erbrachten Leistung auch ein derartiger Schadensersatzanspruch gegen ihn mangels eines inneren Zusammenhangs zwischen dessen Verhalten und dem zufälligen Ereignis verneint, da dieses Ereignis nicht auf diesem Verhalten beruhe (so etwa HUBER, JuS 1972, 439 (440 f.); a.A. BGHZ 57, 137 (141 ff.)). Diese Frage ist jedoch insoweit nach der hier vertretenen Auffassung ohne Bedeutung, als jede Partei ohnehin grundsätzlich das Zufallsrisiko für die von ihr erbrachte Leistung trägt.

III. Die Behandlung des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Empfängers

Es stellt sich weiter die Frage, ob der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Empfänger durch den hier vorgeschlagenen Lösungsansatz hinreichend geschützt wird. Sinn und Zweck der §§ 104 ff. könnten es erfordern, daß der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages nicht strenger als im Fall einer einseitigen bereicherungsrechtlichen Rückgewährpflicht haftet.⁴²⁰ Deshalb könnte er auch hier bei

Soweit die genannten Ereignisse auf eine Handlung zurückzuführen sind, die dem Empfänger der Leistung als Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurechenbar ist, scheidet ein Schadensersatzanspruch des Empfängers gemäß § 254 aus, da auch hier zu berücksichtigen ist, daß diese Handlung das Verschulden des Vertragspartners an dem die Rückabwicklung auslösenden Umstand klar überwiegt (vgl. oben S. 190 f.). Dies gilt nicht nur, wenn der Empfänger die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs kennt, sondern erst recht im Fall seiner Gutgläubigkeit.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit, daß der genannte Schadensersatzanspruch lediglich das Risiko hinsichtlich der von dem Gläubiger erbrachten Gegenleistung verschiebt (vgl. oben S. 132).

- 420 Die meisten Autoren sehen sich auch hier zu Ausnahmen von ihren jeweiligen Lösungsansätzen gezwungen (vgl. oben Fußn. 148 und 267). Sie wenden überwiegend die Zweikondiktionentheorie in ihrer strengen Form an (so v. CAEMMERER, Festschrift für Larenz, S. 621 (636); LARENZ, Schuldrecht BT, § 70 III; MEDICUS, a.a.O., § 12 II 3 d, Rdn. 231; FIKENTSCHER, a.a.O., § 100 VI 3; PALANDT/THOMAS, § 818 Anm. 6 B c; RGRK/HEIMANN-TROSSEN, 12. Aufl., § 812 Rdn. 64; BROX, Besonderes Schuldrecht, Rdn. 432; HONSELL, MDR 1970, 717 (720)).

Untergang, Verschlechterung, Wertminderung oder mangelnder vermögensmehrender Wirkung der empfangenen Leistung nur dann zum Schadensersatz (nach §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung) oder zum Wertersatz (nach § 818 Abs. 2) verpflichtet sein, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. zu seinen Lasten vorliegen und die genannten Ereignisse durch eine ihm entsprechend §§ 827 f. als Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurechenbare Handlung herbeigeführt worden sind.⁴²¹

Jedoch ist zu bedenken, daß auch der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Empfänger, der auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs vertraut, im Regelfall davon ausgehen wird, er könne eine erbrachte Gegenleistung nicht zurückverlangen. Dies spricht für die Annahme, daß auch der Geschäftsunfähige und der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte im Fall der Gutgläubigkeit insoweit einer Schadensersatzpflicht nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung und einer Wertersatzpflicht (trotz Entreicherung) nach § 818 Abs. 2 bis zur Höhe des Wertes der Gegenleistung ausgesetzt sein können. Eine derartige Einschränkung des § 818 Abs. 3 durch eine teleologische Reduktion ist auch mit Sinn und Zweck der §§ 104 ff. vereinbar, weil diese Vorschriften lediglich die Bindungswirkung des rechtsgeschäftlichen Handelns verhindern wollen. Sie wollen den Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten aber nicht vor einer Ersatzpflicht für das durch eine zum Zweck der Erfüllung des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erbrachte Leistung Erlangte schützen.

Es ergibt sich aber auch hier eine angemessene Einschränkung der Haftung aus dem schon mehrfach angeführten Gedanken, daß § 818 Abs. 3 den Empfänger gegenüber einer Haftung unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. privilegierten will und daß deshalb eine Ersatzpflicht nicht in

421 Vgl. oben S. 140 ff. und 156 f.

Betracht kommt, soweit eine solche auch bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht bestände. Besonders häufig kann die Haftung hier insoweit entsprechend §§ 827 f. ausgeschlossen sein.

IV. Die einseitige Vorleistung

Die hier vorgeschlagene teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 kann auch in den Fällen der einseitigen Vorleistung vorgenommen werden. Auch in diesen Fällen kann sich der gutgläubige Empfänger nicht in demselben Umfang auf diese Vorschrift berufen wie in den Fällen, in denen keine Gegenleistung vorgesehen war. Es ist vielmehr zu beachten, daß der gutgläubige Empfänger einer einseitigen Vorleistung im Regelfall davon ausgeht, er dürfe die empfangene Leistung erst dann endgültig behalten, wenn er seinerseits die versprochene Gegenleistung erbracht habe.⁴²² Diese Überlegung führt dazu, daß der gutgläubige Empfänger - begrenzt durch den Umfang einer Haftung unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. - vermögensmäßig so gestellt werden kann, wie er stünde, wenn seine Vorstellung zuträfe. Insoweit schließt § 818 Abs. 3 Ansprüche des Leistenden aus § 280, positiver Forderungsverletzung oder § 818 Abs. 2 nicht aus. Vielmehr kann der Empfänger solchen Ansprüchen bis zur Höhe des Wertes der Gegenleistung ausgesetzt sein. Durch diese Lösung wird die erforderliche Gleichstellung der einseitigen Vorleistung mit dem beiderseitigen Leistungsaustausch⁴²³ im wesentlichen erreicht.

422 Vgl. oben S. 120.

Diesen Gedanken berücksichtigt auch ESSER, Schuldrecht BT, § 105 II 2, bei der Beurteilung der Vorleistungsfälle.

423 Vgl. oben S. 95 und 123 ff.

V. Die Konkurrenz mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Es stellt sich weiter die Frage, ob mit dem vorgeschlagenen Lösungsansatz auch die Fälle angemessen gelöst werden können, in denen der Leistende - wegen Fehlschlagens auch des abstrakten Verfügungsgeschäfts - Eigentümer einer geleisteten Sache bleibt. Solange die geleistete Sache noch vom Empfänger herausgegeben werden kann, konkurriert der Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 mit einem auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichteten Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt.⁴²⁴ Ob die hier für den Fall der Verschlechterung, des Untergangs oder der anderweitigen Unmöglichkeit der Rückgewähr des empfangenen Leistungsgegenstandes im Rahmen des Bereicherungsausgleichs vorgenommene Risikoverteilung auch in den genannten Fällen gelten kann, erscheint deshalb fraglich, weil sich aus §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. ergeben könnte, daß die §§ 987 ff. hinsichtlich der Nebenfolgen der Vindikation eine Sonderregelung darstellen könnten, die eine Anwendung des Bereicherungsrechts insoweit ausschließen könnte.⁴²⁵ Zunächst ist zweifelhaft, ob die §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. eine solche Ausschußwirkung auch hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen haben, die sich aus anderen Vorschriften gegen den Besitzer ergeben, der bösgläubig ist oder dem gegenüber Rechtshängigkeit eingetreten ist (vgl. §§ 989, 990 Abs. 1).⁴²⁶ Dagegen spricht, daß es keinen plausiblen

424 Vgl. BGH LM Nr. 15 zu § 812; PALANDT/THOMAS, Einf. vor § 812 Anm. 4. Bei dem Bereicherungsanspruch handelt es sich um die sog. *condictio possessionis*.

425 Die §§ 987 ff. können allerdings nur insoweit eine Sonderregelung darstellen, als ihr Anwendungsgebiet (Schadensersatz, Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz) reicht. Deshalb kann daneben etwa ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 bestehen (vgl. statt aller PALANDT/BASSENGE, Vorbem. 2 a vor § 987).

426 Die Rechtsprechung (vgl. RGZ 163, 348 (352); BGH NJW 1952, 257) und ein Teil der Literatur (vgl. RGRK/JOHANNSEN, § 992 Rdn. 13; WOLFF/RAISER, Sachenrecht, § 85 III 6 a) sehen allerdings die §§ 987 ff. grund-

Grund für eine Privilegierung des bösgläubigen oder verklagten Besitzers gibt.⁴²⁷ Diese Frage ist jedoch deshalb ohne große Bedeutung, weil der Eigentümer nach den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen (§§ 823 ff., 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung) nicht besser gestellt ist als nach §§ 989, 990 Abs. 1.

Jedoch könnte der Besitzer dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 989, 990 Abs. 1 nicht gegeben sind, auch im Rahmen der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages völlig von einer Haftung für Untergang und Verschlechterung der Sache (gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung) freigestellt sein. Dies könnte sich daraus ergeben, daß die §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. jedenfalls den gutgläubigen und unverklagten Besitzer grundsätzlich dadurch schützen wollen, daß er keiner Schadensersatzpflicht ausgesetzt ist. Jedoch soll auch dieser Besitzer durch die genannten Vorschriften nur so weitgehend privilegiert werden, als sein guter Glaube reicht. Deshalb haftet auch der gutgläubige Fremdbesitzer nach § 989, wenn er gegenüber dem mittelbaren Besitzer, von dem er sein Besitzrecht ableitet, verantwortlich ist (§ 991 Abs. 2). Darüber hinaus ist derjenige Besitzer, der sein vermeintliches Besitzrecht überschreitet, allgemein einer Schadensersatzpflicht nach §§ 823 ff. ausgesetzt (Fall des sog. Fremdbesitzerexzesses).⁴²⁸

sätzlich als Sonderregelung auch für den bösgläubigen oder verklagten Besitzer an.

427 Ein Teil der Literatur (ERMAN/HEFERMEHL, Rdn. 13 b vor §§ 987-993; STAUDINGER/BERG, § 992 Rdn. 2; BROX, JZ 1965, 516 (519)) vertritt deshalb die Auffassung, die §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. schlossen lediglich Ansprüche gegen den gutgläubigen Besitzer aus. Diese Meinung kann sich auch auf die Entstehungsgeschichte der §§ 987 ff. berufen (vgl. MOTIVE, Bd. 3, S. 392 ff.; MUGDAN, Bd. 3, S. 671 ff. (Protokolle)).

428 Vgl. RGZ 101, 307 (309 ff.); 157, 132 (135); BGH NJW 1951, 643; BGHZ 24, 188 (196); H.WESTERMANN, Sachenrecht, § 31 III 2 b; PALANDT/BASSENGE, Anm. 2 b bb vor § 987; STAUDINGER/BERG, § 993 Rdn. 3; ERMAN/HEFERMEHL, Rdn. 12, 14 vor §§ 987-993.

Aus dieser Überlegung folgt, daß auch der Besitzer, der den Besitz an der Sache aufgrund eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erlangt hat, nur insoweit geschützt wird, als seine innere Vorstellung dies rechtfertigt. Diese Vorstellung geht dahin, daß er eine erbrachte Gegenleistung nicht zurückerhalten werde bzw. noch eine Gegenleistung erbringen müsse. Der gutgläubige Besitzer darf grundsätzlich nicht besser gestellt werden als er stände, wenn seine Vorstellung zuträfe. Aus diesem Grund können die §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. einen Schadensersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 280 oder aus positiver Forderungsverletzung nicht in stärkerem Maße ausschließen, als dies durch § 818 Abs. 3 geschieht.⁴²⁹ Auch der gutgläubige Besitzer, der den Besitz an der Sache aufgrund eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erlangt hat, kann deshalb einer Haftung nach den genannten Bestimmungen ausgesetzt sein. Auch dessen Haftung ist allerdings der Höhe nach durch den Wert der zurückzugewährenden bzw. versprochenen Gegenleistung begrenzt.

Der gutgläubige Besitzer kann aber bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages bis zu der genannten Höhe auch nach § 823 Abs. 1 zum Schadensersatz verpflichtet sein. Auch ein solcher Anspruch ist mit Sinn und Zweck der §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. vereinbar.

Der Besitzer ist sogar nach §§ 987 ff. insoweit schlechter als der Bereicherungsschuldner gestellt, als er schon dann immer gemäß §§ 989 und 823 Abs. 1 auf vollen Schadensersatz haftet, wenn er seine mangelnde Besitzberechtigung beim Besitzerwerb grob fahrlässig nicht kennt (vgl. §§ 990 Abs. 1 S. 1, 932 Abs. 2).⁴³⁰ Dieser nicht besonders gewichtige Unter-

429 Vgl. zur Parallele zwischen §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. und § 818 Abs. 3 schon oben S. 159.

430 Insoweit hat das Abstraktionsprinzip auch im Verhältnis der Parteien untereinander Bedeutung.

schied ist jedoch wegen des notwendigen Einklangs mit §§ 932 ff.⁴³¹ haltbar.⁴³²

Hat der Empfänger den Besitz an der Sache aufgrund eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erlangt, der von vornherein lediglich auf die Nutzung gerichtet war (eines Miet- oder Pachtvertrages), so wird er bei Untergang oder Verschlechterung der Sache überhaupt nicht durch die §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. geschützt, da er nicht darauf vertraut hat, die Sache endgültig behalten zu dürfen und daher keinem Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sein. Er haftet in diesem Fall vielmehr in vollem Umfang nach § 823 Abs. 1.⁴³³ Außerdem ist er nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 280 oder aus positiver Forderungsverletzung ohne Einschränkung zum Schadensersatz verpflichtet. Auch § 818 Abs. 3 steht diesem Anspruch nicht entgegen.⁴³⁴

Die Haftung für die gezogenen Nutzungen ist im Fall der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Miet- oder Pachtvertrages ebenfalls nicht durch § 993 Abs. 1 2. Halbs. eingeschränkt. Dem Eigentümer steht insoweit auch gegen den gutgläubigen Besitzer in vollem Umfang ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. zu.⁴³⁵

431 §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. wollen den Gutgläubigen im Fall des Untergangs und der Verschlechterung der Sache auch bei Abhandenkommen der Sache (vgl. § 935 Abs. 1) so stellen, als habe er das Eigentum nach §§ 932 ff. erworben.

432 KOPPENSTEINER/KRAMER (a.a.O., S. 150) wollen auch diesen Unterschied zwischen den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und dem Bereicherungsrecht bereinigen. In den Fällen der Eingriffskondiktion soll der Empfänger schon dann nach §§ 292 Abs. 1, 989 haften, wenn er den Mangel des Rechtsgrundes beim Erwerb grob fahrlässig nicht gekannt hat (so auch WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 188 FuBn. 421). Sie berufen sich dabei auf die Beratungen der 2. Kommission, die den Unterschied damit erklärt hat, daß es sich in dem Fall des § 819 Abs. 1 "regelmäßig um einen mit dem Willen des Kondizienten erfolgten Erwerb" handele (vgl. MUGDAN, Bd. 3, S. 373 (Protokolle)).

433 Dies ist der Inhalt der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß (vgl. oben S. 197).

434 Vgl. oben S. 184.

VI. Die Haftung des Empfängers im Fall der Berechtigung eines Dritten

Weiter ist zu überprüfen, welche Auswirkungen der hier vertretene Lösungsansatz in den Fällen hat, in denen eine zur Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages erbrachte Leistung (auch) ein subjektives Recht eines Dritten berührt.

1. Die Haftung bei fortbestehender dinglicher Berechtigung eines Dritten

Soweit ein Dritter auch nach der Leistung (etwa mangels Vorliegens der Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs) noch Eigentümer des Leistungsgegenstandes geblieben ist, steht dem Leistenden kein Anspruch gegen den Empfänger zu, wenn ihm kein die Aktivlegitimation für eine Leistungskondiktion begründendes subjektives Recht hinsichtlich dieses Gegenstandes zugewiesen ist.⁴³⁶ Im Fall des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache kann lediglich der Eigentümer oder ein sonstiger dinglich Berechtigter⁴³⁷ von dem Empfänger Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 und § 823 Abs. 1 fordern. Der gutgläubige Empfänger, der an den Leistenden eine Gegenleistung erbracht oder ihm eine solche versprochen hat, haftet gegenüber dem dinglich Berechtigten in demselben Umfang, in dem er haften würde, wenn der Leistende dinglich berechtigt wäre.⁴³⁸ Auch in diesem Fall schließt der gute Glaube des Besitzers die Vorstellung ein, die Gegenleistung nicht zurückzuerhalten bzw. sie noch erbringen zu müssen. Eine andere Rechtslage könnte aber bestehen, wenn der Lei-

435 Vgl. oben Fußn. 50.

436 Vgl. oben S. 34 ff.

437 In §§ 1065, 1227 ist auf die Vorschriften über den Schutz des Eigentums und damit auch auf die §§ 987 ff., 823 Abs. 1 verwiesen.

438 Vgl. dazu oben S. 197 ff.

stende gegenüber dem Eigentümer dinglich oder obligatorisch zum Besitz berechtigt ist. Solange sich die Sache noch im Besitz des Empfängers befindet, kann der Eigentümer dann - wie bereits oben erwähnt⁴³⁹ - gemäß § 986 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. Herausgabe der Sache an den Besitzberechtigten und der Besitzberechtigte seinerseits gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. Rückgewähr des Besitzes an sich verlangen. Inwieweit dem Eigentümer und dem Besitzberechtigten im Fall des Untergangs, der anderweitigen Unmöglichkeit der Herausgabe oder der Verschlechterung der Sache ein Schadensersatzanspruch gegen den Empfänger zusteht, hängt davon ab, inwieweit ihnen ein Schaden, d.h. eine Einbuße an Rechten, entstanden ist. Die Ansprüche der beiden Berechtigten richten sich dem Umfang nach danach, wie weit ihre Befugnisse hinsichtlich des Gegenstandes im Verhältnis zueinander reichen (d.h. nach dem Zuweisungsgehalt ihrer Berechtigung). Der lediglich obligatorisch zum Besitz Berechtigte kann daher im Regelfall keinen Schadensersatzanspruch wegen des Untergangs der Sache selbst geltend machen, während ein solcher Anspruch häufiger etwa dem Pfandgläubiger oder dem Anwartschaftsberechtigten zustehen wird.⁴⁴⁰

2. Die Haftung bei lediglich bereicherungsrechtlicher Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten

In anderen Fällen, in denen der Leistende fremde subjektive Rechte für seine Leistung verwendet, steht dem Dritten lediglich eine bereicherungsrechtliche Durchgriffsmöglich-

439 Vgl. S. 40 ff.

440 Dieser Anspruch kann neben einem Anspruch des Eigentümers stehen. Beide Ansprüche sind dann aber gemäß § 432 beschränkt (so für Schadensersatzansprüche nach § 823 etwa PALANDT/HEINRICHS, § 432 Anm. 1).

keit offen. Ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. steht dem Dritten etwa dann zu, wenn in den Dreiecksverhältnissen die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion nicht gegeben sind.⁴⁴¹ Eine Durchgriffsmöglichkeit nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. ist gegeben, wenn die Leistung fremde Immaterialgüterrechte berührt.⁴⁴² Ein weiterer Fall liegt vor, wenn der Dritte einen Rechtsverlust nach §§ 946 ff. erleidet und die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der §§ 932 ff. nicht gegeben sind (vgl. §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2).⁴⁴³ In diesen Fällen kann der Dritte ebenfalls den bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages auch gegen den gutgläubigen Empfänger bis zur Höhe des Wertes der Gegenleistung bestehenden Schadensersatzanspruch aus § 280 oder positiver Forderungsverletzung und den bis zu derselben Höhe trotz Entreicherung bestehenden Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 geltend machen.

3. Die Haftung nach rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten

Ein Durchgriff des früheren Berechtigten scheidet aus, wenn ein Nichtberechtigter ohne rechtlichen Grund eine Verfügung vornimmt, die nach den Gutglaubensvorschriften (etwa §§ 932 ff.) wirksam wird.⁴⁴⁴ Der Leistende kann jedoch, wenn er kein Recht zum Besitz hat, lediglich Rückübertragung des dinglichen Rechts an den früheren Berechtigten, und wenn ihm ein Besitzrecht zusteht, lediglich Rückübertragung des dinglichen Rechts an den früheren Berechtigten und Rückgewähr des Besitzes an sich verlangen.⁴⁴⁵ Soweit die

441 Vgl. oben S. 59 ff.

442 Vgl. oben S. 26.

443 Vgl. oben S. 23.

444 Vgl. oben S. 65.

445 Vgl. oben S. 66 f.

Sache untergegangen oder verschlechtert worden ist, kann der Leistende lediglich einen Anspruch auf Leistung von Schadensersatz an den früheren Berechtigten geltend machen. Dieser Anspruch ergibt sich unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. aus §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, steht dem Leistenden bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages dennoch ein derart eingeschränkter Schadensersatzanspruch aus § 280 oder positiver Forderungsverletzung bis zur Höhe des Wertes der Gegenleistung zu. Scheidet ein Durchgriff des früheren Eigentümers gemäß §§ 951 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 wegen der entsprechenden Anwendung der §§ 932 ff. aus, kann der Leistende gegen den Empfänger trotz dessen Entreichung einen Anspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 818 Abs. 2 auf Zahlung von Wertersatz an den früheren Eigentümer geltend machen, der im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers in der Regel der Höhe nach durch den Wert der Gegenleistung begrenzt ist. Zu demselben Ergebnis kommt man hinsichtlich von Nutzungen, soweit sich insoweit aus § 993 Abs. 1 2. Halbs. ein Durchgriffsverbot herleiten läßt.⁴⁴⁶

VII. Die Haftung des Empfängers bei Weitergabe des Erlangten an einen Dritten

Es stellt sich weiter die Frage, in welchem Umfang der Empfänger haftet, wenn das Erlangte zwar nicht untergeht, verschlechtert wird oder an Wert verliert, der Empfänger es aber an einen Dritten (vor allem zur Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages) weitergibt.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Vgl. oben S. 24 f.

⁴⁴⁷ Diesem Fall ist ein Dreiecksverhältnis gleichzustellen, das mit Hilfe einer Analogie so behandelt werden muß, als habe ein Durchgangserwerb stattgefunden (vgl. oben S. 56 ff.).

1. Die Haftung im Fall der Wirksamkeit des Vertrages
(Valutaverhältnisses) mit dem Dritten

Soweit der Empfänger das Erlangte aufgrund eines wirksamen gegenseitigen Vertrages an den Dritten weitergegeben hat, hat er die erhaltene Gegenleistung in vollem Umfang herauszugeben oder den Anspruch auf die Gegenleistung abzutreten.⁴⁴⁸ Diese Verpflichtung läßt sich auf § 818 Abs. 1 analog stützen. Außerdem hat er unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. Schadensersatz nach §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280⁴⁴⁹ zu zahlen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist er bei Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages grundsätzlich zum Schadensersatz nach § 280 bis zur Höhe des Wertes der im Deckungsverhältnis erbrachten Gegenleistung verpflichtet. Diese Schadensersatzansprüche sind vor allem dann von Bedeutung, wenn die von dem Dritten im Valutaverhältnis erbrachte oder geschuldete Gegenleistung einen niedrigeren Wert als ein dem Gläubiger entstandener Schaden bzw. die im Deckungsverhältnis erbrachte Gegenleistung hat.⁴⁵⁰ Weiter sind sie dann wesentlich, wenn der Dritte insolvent ist oder ihm Gegenrechte gegen den Anspruch auf die Gegenleistung zustehen. Sie bestehen auch bei schenkweiser Weitergabe des Leistungsgegenstandes an den Dritten. In den genannten Fällen kann dem Gläubiger auch trotz Entreicherung ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 zustehen. Im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers ist auch dieser Anspruch der Höhe nach durch den Wert der im Deckungsverhältnis erbrachten Gegenleistung begrenzt.⁴⁵¹

448 Vgl. oben Fußn. 93.

449 Eine Unmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift ist auch bei Weitergabe des Leistungsgegenstandes gegeben, weil die Verpflichtung nach § 812 keine Beschaffungsschuld darstellt (vgl. oben Fußn. 286).

450 Verlangt der Bereicherungsgläubiger in diesem Fall die Herausgabe des Gewinns, so ist dieser auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen.

451 Diese Wertersatzpflicht stellt im Fall der Weitergabe des Erlangten die Untergrenze der Haftung dar.

Diese Lösung führt allerdings weitgehend zur Bedeutungslosigkeit des § 822 bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages.⁴⁵²

2. Die Haftung im Fall des Fehlschlagens des Vertrages (Valutaverhältnisses) mit dem Dritten

In diesen Fällen des sog. Doppelmangels kommt eine Kondiktion der Kondiktion in Betracht.⁴⁵³ Fraglich ist allerdings, auf welche Vorschrift sich ein dahingehender Anspruch stützen läßt. § 818 Abs. 1 paßt hier dem Wortlaut nach nicht. Darüber hinaus könnte gegen eine Kondiktion der Kondiktion einzuwenden sein, daß der Bereicherungsgläubiger mit einem doppelten Prozeßrisiko belastet ist.⁴⁵⁴ Deshalb könnte der Empfänger hier neben der Schadensersatzhaftung von vornherein auch einer Wertersatzhaftung nach § 818 Abs. 2 ausgesetzt sein. Andererseits ist jedoch zu bedenken, daß der Gläubiger gerade ein Interesse an der Wiedererlangung des konkreten Leistungsgegenstandes haben kann. Der Rechtsgüterschutz, dem auch die §§ 812, 818 Abs. 1 dienen, verlangt in erster Linie eine solche konkrete Rückgewähr.⁴⁵⁵ Dieser Gedanke spricht dafür, dem Gläubiger zumindest ein Wahlrecht zu geben, ob er eine Kondiktion der Kondiktion (entsprechend § 818 Abs. 1) oder einen Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 geltend machen will.

Ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 besteht auf jeden Fall, wenn dem Dritten Gegenrechte im Valutaverhältnis zustehen. Dann kann das Erlangte mit einer Kondiktion der Kondiktion wertmäßig nicht in vollem Umfang herausgegeben

452 § 822 findet dann im wesentlichen nur noch bei unentgeltlicher Weitergabe des aufgrund einer einseitigen Leistung oder "in sonstiger Weise" Erlangten Anwendung.

453 Vgl. oben FuBn. 93.

454 Vgl. oben FuBn. 38.

455 Vgl. oben S. 103 ff.

werden.⁴⁵⁶ Der Gläubiger kann auch dann, wenn die Kondiktion der Kondiktion für ihn wegen einer Insolvenz des Dritten wertlos und deshalb eine Entreicherung eingetreten ist, trotz dieser Entreicherung Wertersatz nach § 818 Abs. 2, im Fall der Gutgläubigkeit des Empfängers bis zur Höhe des Wertes der von diesem erbrachten Gegenleistung, verlangen.⁴⁵⁷

VIII. Die Haftung des Empfängers, der keine Gegenleistung unter Verwendung eines eigenen subjektiven Rechts erbracht hat, dessen Vertragspartner aber etwas aus fremdem subjektivem Recht erlangt hat

Schließlich ist noch das Problem zu erörtern, in welchem Umfang der Empfänger haftet, wenn er überhaupt keine Gegenleistung erbracht hat bzw. meinte erbringen zu müssen oder wenn er zumindest kein eigenes subjektives Recht für eine Gegenleistung verwendet hat, der Partner des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages aber etwas aus einem subjektiven Recht eines Dritten erlangt hat.

1. Die Haftung im Fall einer dem Dritten zustehenden Durchgriffsmöglichkeit

Dazu gehören zunächst die Fälle, in denen dem Dritten gegen den Partner des fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages eine Durchgriffsmöglichkeit zusteht. Hier könnte sich der gutgläubige Empfänger der Leistung möglicherweise unbeschränkt auf § 818 Abs. 3 berufen, weil seine Vorstellung,

456 Gegenrechte des Dritten führen im Regelfall nicht zu einer Entreicherung des Empfängers, weil diese Rechte ohnehin gegen ihn geltend gemacht werden könnten.

457 Die hier vertretene Lösung stimmt in den Fällen von Dreiecksverhältnissen, in denen eine Analogie geboten ist, hinsichtlich der Verteilung der Insolvenz- und Gegenrechtsrisiken im Ergebnis im wesentlichen mit den Auffassungen von RENGIER (vgl. oben Fußn. 38) und CANARIS (vgl. oben Fußn. 59) überein.

keinen Anspruch auf Rückgewähr einer Gegenleistung zu haben, zutrifft. Hier ist jedoch zunächst denkbar, daß der gutgläubige Empfänger der Leistung davon ausgeht, noch zur Gegenleistung verpflichtet zu sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er - z.B. bei fehlender Anweisung - von dem Erwerb der anderen Partei nichts weiß oder davon ausgeht, die Zuwendung des Dritten habe keine Erfüllungswirkung gehabt. In diesen Fällen gestaltet sich die Haftung des Empfängers wie in den Fällen der einseitigen Vorleistung.⁴⁵⁸ Der gutgläubige Empfänger könnte aber dann völlig von einer Haftung befreit sein, wenn er infolge der Zuwendung eines (etwa von ihm angewiesenen) Dritten annimmt, nicht mehr zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein.⁴⁵⁹ Jedoch beruht diese Annahme auf der Vorstellung, die Zuwendung des Dritten habe die Erfüllung seiner Verpflichtung bewirkt. In dieser Vorstellung, die sich auf den Dritten bezieht, will § 818 Abs. 3 den Empfänger der Leistung aber nicht schützen.⁴⁶⁰ Deshalb ist der gutgläubige Empfänger der Leistung auch in diesen Fällen bei Untergang, Verschlechterung oder fehlender vermögensmehrender Wirkung der Leistung nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung zum Schadensersatz oder gemäß § 818 Abs. 2 zum Wertersatz verpflichtet,⁴⁶¹ wobei allerdings auch hier zu beachten ist, daß seine Haftung nicht strenger sein darf als dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorliegen.

458 Vgl. dazu oben S. 195.

459 Dies kann in den hier zu erörternden Fällen einer Durchgriffsmöglichkeit des Dritten dann der Fall sein, wenn ein angewiesener Dritter unerkant geschäftsunfähig ist.

460 Selbst wenn man auch in diesen Fällen die subjektive Vorstellung des Empfängers in vollem Umfang berücksichtigen wollte, so ist zu bedenken, daß dieser im Regelfall davon ausgehen wird, dem Dritten gegenüber aus Vertrag zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein (etwa in Anweisungsfällen). Man könnte dem Empfänger dann in Höhe des Wertes dieser Gegenleistung eine Berührung auf § 818 Abs. 3 versagen. In anderen Fällen einer Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten gegen die andere Partei wird der Empfänger der Leistung die Vorstellung haben, dem Dritten gegenüber aus gesetzlichen Vorschriften (etwa § 823 Abs. 1) zum

2. Die Haftung des Nichtberechtigten gegenüber dem gutgläubigen Erwerber

Beim Empfänger der Leistung, der seine Gegenleistung nicht aus eigenem subjektivem Recht, sondern aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten erbracht hat, könnte, wenn nicht zu seinen Lasten die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorliegen, zu berücksichtigen sein, daß er entweder davon ausgeht, er sei selbst hinsichtlich dieser Gegenleistung Berechtigter gewesen, oder sich vorstellt, durch seine Verfügung in ein fremdes Recht eingegriffen zu haben.⁴⁶² Im ersteren Fall könnte er sich möglicherweise in vollem Umfang auf § 818 Abs. 3 berufen, weil er bei Fehlschlagen des gegenseitigen Vertrages lediglich einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. auf Rückübertragung des geleisteten Rechts an den früheren Berechtigten erlangt. Er erhält durch die Rückabwicklung also ver-

Schadensersatz verpflichtet zu sein. Eine solche Vorstellung wird er etwa haben, wenn er meint, eine von ihm als Gegenleistung vorgenommene Verfügung sei nach §§ 932 ff. wirksam geworden, die Voraussetzungen dieser Vorschriften jedoch nicht vorlagen.

461 Somit trägt der Empfänger einer Leistung auch im Fall einer Durchgriffsmöglichkeit eines Dritten in der Regel lediglich das Risiko eines weder auf einer Pflicht- noch einer Obliegenheitsverletzung des Empfängers der Gegenleistung beruhenden Untergangs dieser Gegenleistung und einer so entstandenen sonstigen Entreichung. Insoweit wirkt es sich also nicht auf die Risikoverteilung aus, ob eine Durchgriffsmöglichkeit besteht oder nicht. Die genannten mit der Gegenleistung verbundenen Risiken sind auch im Fall der Wirksamkeit des gegenseitigen Vertrages zwischen Leistendem und Empfänger in der beschriebenen Weise verteilt, soweit die Durchgriffsmöglichkeit des Dritten auf einem Rechtsmangel beruht oder zur Unmöglichkeit führt. Der Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung richtet sich gemäß §§ 433 f., 440 Abs. 1, 323 Abs. 3 bzw. § 323 Abs. 3 nach Bereicherungsrecht.

462 Diese Vorstellungen wird er sich auch in den Fällen machen, in denen die §§ 932 ff. als Wertungsmodell entsprechend angewendet werden müssen bzw. in denen ein Durchgriff des Eigentümers nach § 993 Abs. 1 2. Halbs. ausscheidet.

mögensmäßig nicht mehr als er auch bei Wirksamkeit des gegenseitigen Vertrages hätte. Jedoch wird der Empfänger durch § 818 Abs. 3 lediglich in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs geschützt. Seine Vorstellung, hinsichtlich bestimmter von ihm als Gegenleistung eingesetzter Gegenstände Berechtigter zu sein, ist unbeachtlich. In dieser Vorstellung wird er lediglich gegenüber dem wirklichen Berechtigten (durch §§ 992, 993 Abs. 1 2. Halbs. und § 818 Abs. 3) geschützt.

Auch im zweiten Fall darf nicht berücksichtigt werden, daß die Vorstellung des Empfängers, die empfangene Leistung behalten zu dürfen, mit der Annahme verbunden gewesen ist, gegenüber dem Berechtigten Schadensersatz leisten zu müssen. Der Empfänger hat nicht etwa deshalb bei Untergang, Verschlechterung oder mangelnder vermögensmehrender Wirkung der empfangenen Leistung auch im Fall der Gutgläubigkeit gegenüber seinem Vertragspartner Schadens- oder Wertersatz bis zur Höhe dieser angenommenen Verpflichtung zu leisten. Dennoch ist auch der gutgläubige Empfänger bei Eintritt der genannten Ereignisse nicht von einer Schadens- oder Wertersatzpflicht völlig befreit. Es ist zu berücksichtigen, daß der gute Glaube des Empfängers daran, die empfangene Leistung behalten zu dürfen, hier mit der Annahme verbunden ist, er habe die Verpflichtung zur Gegenleistung durch einen Eingriff in ein fremdes Recht erfüllt. Auch diese Annahme beruht jedoch teilweise auf dem Verhältnis zu einem Dritten. Deshalb ist der Empfänger der Leistung so zu behandeln, als habe er überhaupt noch keine Gegenleistung erbracht. Er muß daher auch in diesem Fall Schadensersatz nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung und trotz der Entreicherung Wertersatz nach § 818 Abs. 2 leisten.⁴⁶³

463 Somit wird der Empfänger der Leistung auch hier nicht anders behandelt, als wenn er ein eigenes subjektives Recht für die Gegenleistung eingesetzt hätte.

3. Die Haftung unter den Voraussetzungen einer Analogie

Sind die Voraussetzungen einer Analogie gegeben, sind die Parteien grundsätzlich so zu behandeln, als ob der Empfänger der Leistung die Gegenleistung unter Verwendung eines eigenen subjektiven Rechts erbracht hätte. Daher erlangt er bei Fehlschlagen des Valutaverhältnisses einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. auf Rückgewähr der Gegenleistung an sich selbst.⁴⁶⁴ Wenn die von ihm empfangene Leistung bei ihm untergeht, verschlechtert oder im Wert gemindert wird oder zu keiner dauerhaften Verbesserung seiner Gesamtvermögenslage führt, so muß er daher in diesem Fall ebenfalls auch dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht vorliegen, grundsätzlich gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung Schadensersatz und trotz der Entreicherung gemäß § 818 Abs. 2 Wertersatz bis zur Höhe des Wertes der Gegenleistung zahlen. Auch hier umfaßt sein guter Glaube die Vorstellung, die Gegenleistung nicht zurückzuerhalten. Die Haftung ist allerdings auch in diesem Fall insofern begrenzt, als sie nicht schärfer sein darf, als wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorlägen.⁴⁶⁵ Demgegenüber kann man auch hier nicht einwenden, daß der Empfänger der Leistung gegenüber seinem Partner im Deckungsverhältnis verpflichtet ist, d.h. entweder (bei Wirksamkeit des in diesem Verhältnis bestehenden gegenseitigen Vertrages) eine Gegenleistung erbringen muß oder (beim sog. Doppelmangel) einem Anspruch nach § 812 ausgesetzt ist.⁴⁶⁶ Auch dieser Einwand ist unbeachtlich, da er sich lediglich auf eine Beziehung zu einem Dritten gründet.

464 Vgl. oben S. 63.

465 Da die Risikoverteilung hinsichtlich der erbrachten Leistung insofern in allen Fällen nicht davon abhängt, ob dem berechtigten Dritten eine Durchgriffsmöglichkeit hinsichtlich der Gegenleistung zusteht, ist es insoweit unerheblich, ob man etwa im Fall der Leistung des Dritten zur Erfüllung einer fremden Schuld einen Durchgriff zuläßt oder nicht (vgl. oben Fußn. 112).

466 Einer solchen Verpflichtung wäre er im übrigen auch

Es kann somit festgestellt werden, daß der hier für die Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge vorgeschlagene Lösungsansatz auch den in besonderen Fallkonstellationen bestehenden Problemen gerecht wird und hier nicht zu Ausnahmen gezwungen ist.

C. Die Behandlung von Nutzungen und Verwendungen

Im Rahmen der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages sind gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 818 Abs. 1 auch gezogene Nutzungen (vgl. § 100) gegenständlich herauszugeben. Ist eine gegenständliche Herausgabe nicht möglich, so hat der Empfänger gemäß § 818 Abs. 2 ihren Wert zu ersetzen. Diese Ansprüche stehen dem Leistenden aber grundsätzlich nur zu, wenn ihm die Nutzungen mittels eines subjektiven Rechts zugewiesen sind. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn die Parteien im Wege einer Analogie so behandelt werden können, als stammten die Nutzungen aus dem Rechtskreis des Leistenden, oder wenn ein Durchgriff des Berechtigten nach Sinn und Zweck des § 993 Abs. 1 2. Halbs. ausscheidet.⁴⁶⁷

Liegen zu Lasten des Empfängers die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vor, so hat dieser gemäß §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 den Wert gezogener Nutzungen auch dann zu ersetzen, wenn sie zu keiner Verbesserung seiner Gesamtvermögenslage geführt haben.⁴⁶⁸ Wird die Herausgabe

ausgesetzt, wenn seine Vorstellung zuträfe und im Valutaverhältnis ein wirksamer gegenseitiger Vertrag vorläge.

467 Dann steht dem Leistenden ein Anspruch auf Rückgewähr an den Berechtigten zu (vgl. oben S. 66 f.).

468 § 987 Abs. 1, der eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nicht zuläßt, enthält insoweit eine gesetzliche Regelung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens. Diese Vorschrift ist bei Vorliegen eines Eigen-

gegenständlich zurückzugewährender Nutzungen durch ein Verschulden des Empfängers unmöglich oder werden solche Nutzungen dadurch verschlechtert, haftet dieser gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. § 280 oder positiver Forderungsverletzung.^{469,470}

Liegen die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht vor, so kann sich der Empfänger zwar auch hinsichtlich der Nutzungen grundsätzlich auf § 818 Abs. 3 berufen. Soweit § 818 Abs. 3 dem Vertrauensschutz dient, ist aber auch hier wieder zu beachten, daß der gutgläubige Empfänger, der eine Gegenleistung erbracht oder versprochen hat,⁴⁷¹

tümer-Besitzer-Verhältnisses im Gegensatz zu einer Haftung aufgrund § 819 Abs. 1 schon im Fall grobfahrlässiger Unkenntnis des Besitzers von der mangelnden Besitzberechtigung beim Besitzerwerb anwendbar (§ 990 Abs. 1 S. 1). Zur Rechtfertigung dieser Unterscheidung vgl. oben S. 198 f.

469 Ob er in diesem Fall auch einem Wertersatzanspruch nach §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 ausgesetzt ist, kann mit der Begründung bezweifelt werden, daß er wegen der von vornherein bestehenden Herausgabepflicht überhaupt keinen Vermögenswert erhalten hat. Der Eigentumserwerb des Schuldners an den Früchten beruht im übrigen darauf, daß der Schuldner Eigentümer der Hauptsache geworden ist (vgl. § 953). Der Eigentumserwerb an der Hauptsache ist aber lediglich Folge des Abstraktionsprinzips, das im wesentlichen dem Verkehrsschutz dient. Im Verhältnis untereinander können die Parteien daher so behandelt werden, als sei das Eigentum an der Hauptsache bei dem Gläubiger verblieben. Deshalb können sie auch hinsichtlich der Nutzungen dementsprechend gestellt werden. - In derselben Weise können auch gegenständliche Surrogate iSd § 818 Abs. 1 behandelt werden. Die Parteien können untereinander so gestellt werden, als sei nicht eine schuldrechtliche, sondern eine dingliche Surrogation eingetreten.

470 Außerdem ist auch § 987 Abs. 2 anwendbar, aus dem sich eine Haftung für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen ergibt.

471 Diese Gegenleistung kann sich entweder auf das Vollrecht (Eigentum) an dem Leistungsgegenstand beziehen, das auch die Nutzung umfaßt (so beim Kaufvertrag), oder nur ein Entgelt für die Nutzung darstellen.

bei der Ziehung der Nutzungen regelmäßig die Vorstellung hat, die Gegenleistung nicht zurückzuerhalten bzw. sie noch erbringen zu müssen. Hat er die Gegenleistung für den endgültigen Erwerb eines genutzten Gegenstandes erbracht, ist zusätzlich zu berücksichtigen, daß er dann nicht nur annimmt, die Nutzungen behalten zu dürfen, sondern auch den genutzten Gegenstand. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der gutgläubige Empfänger bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages auch hinsichtlich der Nutzungen einem Schadensersatzanspruch gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung und trotz der Entreicherung einem Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 ausgesetzt sein kann. Diese Ansprüche sind jedoch der Höhe nach durch die Gegenleistung begrenzt, wenn die Gegenleistung ein Entgelt für die Nutzung darstellen sollte. Bezog sich die Gegenleistung auf das Vollrecht an dem genutzten Gegenstand, so stellt die Wertdifferenz zwischen der Gegenleistung und dem vom Empfänger zurückzugewährenden Leistungsgegenstand die Obergrenze der Haftung dar.

Diese Lösung gilt grundsätzlich auch, wenn der Empfänger - wegen des Fehlschlagens auch des dinglichen Verfügungsge-
schäfts - nur den Besitz an einer Sache erlangt hat. § 993 Abs. 1 2. Halbs. schließt in diesem Zweipersonenverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nicht die Anwendung des Bereicherungsrechts aus.⁴⁷² Es ist lediglich zu beachten, daß auch der Besitzer, der seine mangelnde Berechtigung nicht kennt, unter den Voraussetzungen der §§ 990 Abs. 1 S. 1, 987 Abs. 1 in jedem Fall auf vollen Nutzungsersatz haftet.⁴⁷³

472 Vgl. oben FuBn. 50.

Fallen die Nutzungen gemäß § 953 in das Eigentum des Eigentümers der Hauptsache, so konkurriert der Bereicherungsanspruch aus §§ 812, 818 Abs. 1 mit einem Herausgabeanspruch aus § 985.

473 Vgl. oben FuBn. 468.

Der notwendige Einklang mit den Rücktrittsvorschriften ist zunächst insoweit gegeben, als auch danach grundsätzlich nur demjenigen ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen oder Wertersatz für sie (gemäß §§ 346 S. 2, 347 S. 2 iVm § 987 Abs. 1) zusteht, dem die Befugnis zur Nutzung vor der Leistung aufgrund eines subjektiven Rechts (d.h. vor allem aufgrund Eigentums) zugewiesen war.⁴⁷⁴ Auch hier gilt dies allerdings nicht, wenn der Vertragspartner mittels einer Analogie so behandelt werden kann, als sei er Nutzungsberechtigter gewesen, oder wenn es nach Sinn und Zweck des § 993 Abs.1.2. Halbs. geboten ist. Außerdem besteht auch insoweit eine Übereinstimmung, als nur derjenige bei Untergang, Verschlechterung, Wertverlust oder fehlender vermögensmehrender Wirkung der Nutzungen ohne Ausnahme nach §§ 347 S. 1, 989 bzw. § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung auf vollen Schadensersatz und gemäß §§ 346 S. 2, 347 S. 2 iVm § 987 Abs. 1 auf vollen Wertersatz haftet, der mit einer Rückabwicklung rechnen muß. In den Fällen, in denen eine Rückabwicklung nach §§ 346 ff. gesetzlich zugelassen ist (vgl. §§ 327 S. 1, 467 S. 1), tritt eine solche uneingeschränkte Haftung nur dann ein, wenn der Empfänger den gesetzlichen Rücktritts- oder Wandlungsgrund kennt oder Rechtshängigkeit vorliegt.⁴⁷⁵ Der Grund dafür liegt darin, daß die §§ 346 f. primär eine Regelung für das vertraglich vorbehaltene Rücktrittsrecht enthalten. Jedoch ist der Empfänger, bei dem die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, auch bei einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. nicht völlig von einer Haftung befreit. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, daß der Gutgläubige auch hier deshalb grundsätzlich nicht der beschriebenen

474 Vgl. oben S. 69.

475 Vgl. oben S. 175 f.

Soweit keine Entreicherung gegeben ist, haftet der Empfänger allerdings auch dann gemäß §§ 346 S. 2, 347 S. 2 iVm § 987 Abs. 1 auf Wertersatz, wenn die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen.

scharfen Haftung ausgesetzt ist, weil er in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs geschützt werden soll. Deshalb ist auch hier zu beachten, daß dieses Vertrauen die Vorstellung umfaßt, eine erbrachte Gegenleistung nicht zurückverlangen zu können oder eine versprochene Gegenleistung noch erbringen zu müssen. Der Empfänger kann daher grundsätzlich nur in demselben Umfang wie durch § 818 Abs. 3 geschützt werden.⁴⁷⁶ Er haftet somit auch im Fall der Gutgläubigkeit bei Untergang, Verschlechterung, Wertverlust oder fehlender vermögensmehrender Wirkung gezogener Nutzungen in derselben Weise wie der Bereicherungsschuldner gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung auf Schadens- und gemäß §§ 346 S. 2, 347 S. 2, 987 Abs. 1 auf Wertersatz.

Im Zusammenhang mit der empfangenen Leistung getätigte Aufwendungen kann der Empfänger nicht gemäß § 818 Abs. 3 von der Leistung abziehen, sondern sie nur dann ersetzt verlangen, wenn ihm insoweit ein selbständiger Anspruch (etwa ein Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch) zusteht.⁴⁷⁷ Im Fall der Leistung von Sachen können die §§ 994 ff. gegenüber dem bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch entsprechend angewendet werden. Dies gilt nicht nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. iVm § 292 Abs. 2 gegeben sind, sondern erst recht, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, weil der Empfänger dann noch schutzwürdiger ist.⁴⁷⁸

476 Vgl. oben S. 188 f.

477 Vgl. oben S. 132.

478 Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 994 ff. beruht letztlich darauf, daß das Abstraktionsprinzip im Verhältnis der Parteien untereinander eine geringe Bedeutung hat (vgl. oben Fußn. 272).

Verwendender im Sinne der §§ 994 ff. ist grundsätzlich derjenige, der unmittelbar eigenes Vermögen (d.h. eigene subjektive Rechte) zugunsten der Sache aufgewendet hat. Fraglich ist jedoch, wer Verwendender ist, wenn jemand zum Zweck der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages mit einem Dritten, der nicht Eigentümer der Sache ist, solche Aufwendungen macht. Handelt es sich bei dem Vertrag - wie meistens - um einen Werkvertrag, stellt sich das Problem, ob der Unternehmer, der Besteller oder beide Verwendende im Sinne der §§ 994 ff. sind.⁴⁷⁹ Zur Lösung dieses Problems läßt sich - ebenso wie im Bereicherungsrecht bei der Frage, auf wessen Kosten jemand etwas erlangt - mit einer Analogie arbeiten, so daß unter den entsprechenden Voraussetzungen der Besteller als Verwendender behandelt werden kann, auch wenn er - etwa wegen Fehlschlagens des gegenseitigen Vertrages - kein eigenes Vermögen eingesetzt hat.⁴⁸⁰ Der grundsätzlich dem Unternehmer zustehende Verwendungsersatzanspruch könnte dementsprechend mittels einer teleologischen Reduktion eingeschränkt werden.

479 Die ganz überwiegende Auffassung (vgl. RGZ 142, 417 (421); BGHZ 34, 122 (127 f.); SOERGEL/MÜHL, 11. Aufl., Rdn. 3 vor §§ 994-1003) sieht hier den Unternehmer als Verwendenden im Sinne der §§ 994 ff. an. Diese Auffassung steht jedoch insoweit mit dem im Bereicherungsrecht vertretenen Subsidiaritätsprinzip im Widerspruch, als hier dem Unternehmer ein Anspruch gegen den Eigentümer trotz einer Zweckbestimmung gegenüber einem Dritten (dem Besteller) zugebilligt wird.

480 Ganz ähnlich MEDICUS, a.a.O., § 23 III 3 d aa, Rdn. 591, im Anschluß an KAYERS, Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, S. 111 ff. Er sieht als Verwendenden an, wer den Verwendungsvorgang veranlaßt und ihn steuert. Diese Formulierung hat eine enge Verwandtschaft mit dem in den Dreiecksverhältnissen gebrauchten Begriff der "Weisung". Mit einer Analogie und einer teleologischen Reduktion wird man in der genannten Weise möglicherweise auch bei anderen Verwendungsersatzansprüchen (etwa dem aus §§ 683 S. 1, 670) und sogar bei Schadensersatzansprüchen arbeiten können.

§ 16 Formulierung zweier zusätzlicher, § 818 Abs. 3 einschränkender Rechtssätze

Die in dieser Untersuchung vorgeschlagenen Einschränkungen des § 818 Abs. 3 könnte man in zwei Rechtssätzen zum Ausdruck bringen, die man sich als in die §§ 812 ff. eingefügte gesetzliche Regelungen denken könnte.

Zunächst läßt sich die sich aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergebende und für alle Bereicherungsansprüche geltende Einschränkung⁴⁸¹ in einen Rechtssatz fassen, den man sich als eine dem § 818 Abs. 4 angefügte Gesetzesbestimmung vorstellen könnte, auf die sich auch die Verweisung in den §§ 819 f. erstreckt. Dieser Rechtssatz könnte lauten:

" Der Empfänger hat den Wert des Erlangten auch dann zu ersetzen, wenn er nicht mehr bereichert ist, soweit er die Entreicherung nach Eintritt der Rechtshängigkeit durch eine ihm zurechenbare Obliegenheitsverletzung herbeigeführt hat; §§ 827 ff. sind entsprechend anzuwenden. "

Die vorgeschlagene teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge könnte als ein Rechtssatz formuliert werden, den man sich als eine im Anschluß an § 820 in das Gesetz eingefügte Bestimmung vorstellen könnte. Dieser Rechtssatz könnte folgenden Wortlaut haben:

" Soweit der Empfänger eine Gegenleistung erbracht oder versprochen hat, haftet er auch dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 819, 820 Abs. 1 nicht vorliegen, vom Empfang an, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Die Haftung ist jedoch der Höhe nach durch den Wert der erbrachten oder versprochenen Gegenleistung begrenzt. "

481 Vgl. oben S. 150 ff. und 166 ff.

Zusammenfassung und Ergebnis

Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages stehen sich grundsätzlich zwei selbständige Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. gegenüber, wenn die Parteien für ihre Leistungen eigene subjektive Rechte eingesetzt haben oder sie mittels einer Analogie so behandelt werden können, als hätten sie eigene subjektive Rechte eingesetzt, oder wenn dies aufgrund der Wertungen der Verkehrsschutzvorschriften (z.B. §§ 892 f., 932 ff. BGB, 366 HGB, 993 Abs. 1 2. Halbs. BGB) gerechtfertigt erscheint (vgl. oben S. 34 ff.).

Diese Bereicherungsansprüche sind nicht etwa dadurch verbunden, daß sie ein Synallagma darstellen und die §§ 323 ff. analog auf das Rückabwicklungsverhältnis angewendet werden können. Da die Leistungskondiktion - wie auch der Herausgabeanspruch nach § 985 und die Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise - dem Rechtsgüterschutz dient, wäre vor allem § 323 Abs. 1 eine unangemessene Gefahrtragungsregel (vgl. oben S. 74 ff.).

Eine erbrachte Gegenleistung kann auch nicht im Rahmen einer aus § 818 Abs. 3 hergeleiteten abstrakten Vermögensdifferenz als Abzugsposten gegenüber der empfangenen Leistung berücksichtigt werden. § 818 Abs. 3 stellt insoweit keinen hinreichenden Zurechnungsgrund für eine Risikoverteilung dar (vgl. oben S. 101 ff.).

Der Empfänger der Leistung kann gegenüber dem Rückgewähranspruch der anderen Partei wegen des ihm infolge der erbrachten Gegenleistung zustehenden Bereicherungsanspruchs lediglich von einem Zurückbehaltungsrecht (§ 273) oder einer Aufrechnungsmöglichkeit (§ 387) Gebrauch machen.

Geht eine der Leistungen unter, wird sie verschlechtert oder führt sie zu keiner dauerhaften Verbesserung der Vermögenslage des Empfängers, so können weder dem Sphärengedanken noch dem Gedanken einer vermögensmäßigen Entscheidung des Empfängers noch dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens besondere Gesichtspunkte für eine Risikoverteilung im Vergleich zu einer nur einseitigen Leistung entnommen werden (vgl. oben S. 160 ff.).

Vielmehr gestaltet sich die Haftung des Empfängers bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages dann, wenn zu seinen Lasten die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. vorliegen, nicht anders als diejenige des Empfängers einer einseitigen Leistung. Bei einem von ihm zu vertretenen Untergang oder einer von ihm zu vertretenen Verschlechterung einer gegenständlich zurückzugewährenden Leistung ist er dann einem Schadensersatzanspruch gemäß §§ 292 Abs. 1, 989 bzw. gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung ausgesetzt. Außerdem ist er unter denselben Voraussetzungen dann, wenn er durch eine ihm zurechenbare Obliegenheitsverletzung eine Entreicherung herbeigeführt hat, trotz dieser Entreicherung gemäß § 818 Abs. 2 zum Wertersatz verpflichtet, weil eine Berufung auf § 818 Abs. 3 hier ein nach § 242 unzulässiges widersprüchliches Verhalten darstellen würde. Diese generelle Einschränkung des § 818 Abs. 3 durch § 242 läßt sich in folgendem Rechtssatz ausdrücken, den man sich als eine dem § 818 Abs. 4 angefügte Gesetzesbestimmung vorstellen könnte:

" Der Empfänger hat den Wert des Erlangten auch dann zu ersetzen, wenn er nicht mehr bereichert ist, soweit er die Entreicherung nach Eintritt der Rechtshängigkeit durch eine ihm zurechenbare Obliegenheitsverletzung herbeigeführt hat; §§ 827 ff. sind entsprechend anzuwenden. "

Dieser Rechtssatz würde infolge der Verweisung in den §§ 819 f. auch für die dort genannten Fälle als gesetzliche Vorschrift gelten.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 f. nicht vor, braucht der Empfänger nicht mit einer Rückabwicklung zu

rechnen und wird insoweit durch § 818 Abs. 3 privilegiert. Deshalb haftet er dann für Leistungen, für die keine Gegenleistung vorgesehen ist, weder auf Schadensersatz noch auf Wertersatz. Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages ist jedoch zu berücksichtigen, daß hier das Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs die Vorstellung einschließt, die Gegenleistung nicht zurückverlangen zu können oder sie noch erbringen zu müssen. Diese Überlegung führt dazu, daß der Empfänger in diesen Fällen von einer Schadensersatzpflicht nach § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung und einer Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 trotz Wegfalls der Bereicherung nicht völlig befreit ist. Vielmehr tritt lediglich insoweit eine Milderung ein, als die Haftung der Höhe nach durch den Wert der zurückzugewährenden Gegenleistung begrenzt ist. Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages ist also eine teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 vorzunehmen, die ebenfalls als Rechtssatz formuliert werden und als eine im Anschluß an § 820 in das Gesetz eingefügte Bestimmung gedacht werden kann. Dieser Rechtssatz könnte lauten:

" Soweit der Empfänger eine Gegenleistung erbracht oder versprochen hat, haftet er auch dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 819, 820 Abs. 1 nicht vorliegen, vom Empfang an, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Die Haftung ist jedoch der Höhe nach durch den Wert der erbrachten oder versprochenen Gegenleistung begrenzt. "

Die hier vorgeschlagene Lösung führt zu einer weitgehenden Wertungskongruenz der Rückabwicklung nach §§ 985 ff., 346 ff. und 812 ff.. Nach diesen Regelungen trägt übereinstimmend grundsätzlich derjenige das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Leistung und der sonstigen durch Zufall eintretenden Entreicherung, dessen subjektives Recht für die Leistung verwendet worden ist. Ein Leistungsaustausch aufgrund eines nach den genannten Vorschriften rückabzuwickelnden Vertrages kann die Risikoverteilung grundsätzlich nicht verändern. Demjenigen, dessen subjektives Recht für die Leistung verwendet worden ist, steht im Fall der Vereitelung oder Beeinträchtigung einer gegenständ-

lichen Rückgewährpflicht in der Regel auch ein Schadensersatzanspruch zu. Dieser Anspruch ergibt sich bei Sachleistungen in allen genannten Fällen aus § 989, wenn der Empfänger mit einer Rückabwicklung rechnen muß (vgl. §§ 990 Abs. 1, 347 S. 1, 818 Abs. 4, 819 f., 292 Abs. 1). Darüber hinaus kann der Berechtigte Schadensersatzansprüche gemäß § 280 oder aus positiver Forderungsverletzung (jedenfalls im Fall des Rücktritts und der Rückabwicklung nach §§ 812 ff.) oder § 823 Abs. 1 (bei Vorliegen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses) geltend machen. Wenn keine gegenständliche Rückgewähr der Leistung möglich ist, kann er Wertersatz nach § 818 Abs. 2 oder § 346 S. 2 verlangen. Dabei kann sich der Empfänger in beiden Fällen nicht auf eine Entreicherung berufen, wenn dies ein nach § 242 unzulässiges widersprüchliches Verhalten darstellen würde. Ein solches Verhalten ist unter denselben Voraussetzungen anzunehmen, unter denen der Empfänger gegenständlich zurückzugewährender Leistungen nach den erwähnten Vorschriften auf Schadensersatz haftet. Nach der Sonderregelung des § 351 führt das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sogar zum Ausschluß jeder Rückabwicklung.

Muß der Empfänger nicht mit einer Rückabwicklung rechnen, wird er in allen drei Regelungskomplexen entsprechend seinen inneren Vorstellungen privilegiert. Im Fall der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages ist er einer Haftung bis zur Höhe des Wertes der zurückzugewährenden Gegenleistung ausgesetzt. Daraus ergibt sich, daß die Gut- oder Bösgläubigkeit des Empfängers bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages dann nicht wesentlich ist, wenn kein Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

Die hier vorgeschlagene Lösung führt zu einer Vereinheitlichung des gesamten Rechts der Rückabwicklung des entgeltlichen Umsatzgeschäfts. Es macht keinen großen Unterschied, wodurch die Rückabwicklung veranlaßt wird (ob durch ein Fehl-

schlagen des Vertrages von Anfang an, Anfechtung, Wegfall des rechtlichen Grundes durch Endtermin, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Unmöglichkeit, Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage, Kündigung, Rücktritt oder Wandelung) und nach welchen Vorschriften sie deshalb erfolgt. Dadurch, daß für die Risikoverteilung einheitlich darauf abgestellt wird, ob der Empfänger mit der Rückabwicklung rechnen mußte oder nicht, wird - und dies ist gerade für den rechtsunkundigen Laien wichtig - unerheblich, welche Vorstellungen er sich im einzelnen über die auch von Juristen oft schwer zu beurteilende Rechtslage macht und zu welchen Rechtsbehelfen er greift. Es könnten bestimmte, am Parteiwillen gemessen oft gekünstelte Fragestellungen wie die Abgrenzung von Bedingung, nicht zu vertretener Unmöglichkeit, Nichterreichung des bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt.) und Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage⁴⁸² und einige Konkurrenz-

482 Das Problem einer Abgrenzung von nicht zu vertretener Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242) entsteht etwa in den Fällen einer unzumutbaren Leistungsschwererung aus wirtschaftlichen Gründen. In diesen Fällen wurde früher überwiegend eine sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit angenommen und § 323 Abs. 1 angewendet (vgl. dazu PALANDT/HEINRICHS, § 275 Anm. 1 b), während die Lösung heute weitgehend auf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (mit der Rechtsfolge einer Rücktrittsmöglichkeit) gestützt wird (vgl. etwa LARENZ, Schuldrecht AT, § 21 I e). Außerdem entsteht dieses Problem in den Fällen, in denen der über die unmittelbar geschuldete Leistungshandlung hinaus bezweckte Erfolg nicht erreicht wird, ohne daß dies nach der vertraglichen Interessenbewertung in den Risikobereich nur einer der Parteien fällt. Nach der hier vertretenen Auffassung hat es keinen wesentlichen Einfluß auf die Risikoverteilung, ob man in diesen Fällen mittels einer Erweiterung der Leistungspflicht die §§ 275, 323 anwendet, ob man diesen Umstand als selbständigen vertraglichen Erlöschensgrund für die vertragliche Verpflichtung (ähnlich einer auflösenden Bedingung) ansieht und deshalb einen Wegfall des rechtlichen Grundes iSd § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. annimmt, ob man hier § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. heranzieht, oder ob man diese Zweckstörung als Wegfall der Geschäftsgrundlage behandelt. Ähnliches gilt, wenn - umgekehrt - der genannte Zweck ohne Zutun der Parteien erreicht wird. Hier erscheint es ebenfalls als für die Risikoverteilung nicht bedeutsam, ob man die Zweckerreichung als Fall der Unmöglichkeit (vgl.

probleme (z. B. diejenigen zwischen Irrtumsanfechtung, Gewährleistungsrecht und Recht der Leistungsstörungen) an Bedeutung verlieren. Außerdem könnte das Abstraktionsprinzip entsprechend seinem Sinn und Zweck in seinen Auswirkungen auf das Verhältnis der an der Verfügung Beteiligten eingeschränkt werden.

Die weitgehende Wertungsübereinstimmung zwischen den verschiedenen Rückabwicklungsregelungen ist letztlich darauf zurückzuführen, daß sowohl das Fehlen bzw. der Wegfall des rechtlichen Grundes und das Nichterreichen des bezweckten Erfolges im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. (mit den Rechtsfolgen der §§ 812 ff.) als auch die nachträgliche Unmöglichkeit der Gegenleistung (mit den Rechtsfolgen der §§ 323 Abs. 3, 812 ff.) als auch der vertraglich vorbehaltene oder gesetzlich zugelassene Rücktritt (mit den Rechtsfolgen der §§ 346 ff.) im weitesten Sinne als Fehlen einer "Voraussetzung" oder als "auflösende Bedingung" für das Behaltendürfen der erbrachten Leistung angesehen werden können. Es ist kein plausibler Grund dafür ersichtlich, daß die Risikoverteilung unter den Parteien in diesen Fällen anders vorgenommen werden soll als dann, wenn der Leistende die Wirksamkeit seiner Zuwendung von einer echten Voraussetzung oder einer auflösenden Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 abhängig gemacht hat.

LARENZ, Schuldrecht AT, § 21 I c; BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 16), als selbständigen vertraglichen Erlöschensgrund oder als Wegfall der Geschäftsgrundlage ansieht.

Allerdings hat eine Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage den Vorzug, daß sie insoweit flexibler als die anderen in Betracht kommenden Rechtsinstitute ist, als sie die Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände ermöglicht und die Rückabwicklung bei Unmöglichkeit einer Anpassung in das Belieben der benachteiligten Partei stellt.

Eine größere Bedeutung hat die Frage, ob man das Problem einer Zweckstörung oder Zweckerreichung, die in den Risikobereich einer Partei fällt, über § 324 oder § 645 analog löst oder hier lediglich einen Wegfall der Geschäftsgrundlage verneint. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich nämlich hier nicht unwesentlich.

Die sich nach den genannten Regelungen grundsätzlich in gleicher Weise gestaltende Risikoverteilung muß jedoch dann korrigiert werden, wenn das die Rückabwicklung auslösende Verhalten einer Partei eine solche Intensität erreicht, daß der anderen Partei ein Schadensersatzanspruch in bezug auf die von ihr erbrachte Gegenleistung zusteht (vgl. z.B. §§ 122, 179, 307, culpa in contrahendo, §§ 325, 326, positive Forderungsverletzung, §§ 463, 823 ff.).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß mit der hier angestellten Untersuchung der Versuch unternommen wird, nicht bei der Auslegung einzelner Rückabwicklungsregelungen des BGB stehenzubleiben, sondern durch Vergleich mit ähnlichen Regelungen Wertungswidersprüche zu vermeiden. Damit könnte ein Beitrag zur Bewältigung der Aufgabe geleistet werden, die einzelnen Rechtsinstitute des Bürgerlichen Rechts nicht nur isoliert aus ihrer historischen Entwicklung heraus zu verstehen, sondern sie in ein Wertungssystem einzuordnen.

Lebenslauf

Am 9. März 1950 wurde ich als jüngstes von vier Kindern des Rechtsanwalts und Notars Wilhelm Rudolf und seiner Ehefrau Hildegard geb. Peter in Bielefeld geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Grundschule in Bielefeld von 1956 an wechselte ich 1960 auf das dortige Ratsgymnasium über, an dem ich am 28. Mai 1968 als Schüler des altsprachlichen Zweiges die Reifeprüfung ablegte. Im Anschluß daran nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft auf, das ich nach einem Semester an der Universität Erlangen-Nürnberg, zwei Semestern an der Universität Göttingen, einem Semester an der Universität Bielefeld und fünf Semestern an der Universität Münster am 8. Februar 1975 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm abschloß. An der Universität Münster studierte ich außerdem sechs Semester lang Betriebswirtschaftslehre. Vom 1. Mai 1975 an absolvierte ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm den Vorbereitungsdienst als Referendar. Am 12. Dezember 1977 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung. Vom 1. Oktober 1977 an war ich zunächst als Verwalter der Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten und vom 1. August 1978 an als wissenschaftlicher Assistent am Institut für Deutsche Rechtsgeschichte der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster tätig. Seit dem 1. Januar 1979 bin ich wissenschaftlicher Assistent am dortigen Institut für Kirchenrecht. Vom Sommer-Semester 1978 an setzte ich das rechtswissenschaftliche Studium an der Universität Münster drei Semester lang als Promotionsstudium fort.

Seit Januar 1978 bin ich als Rechtsanwalt am Amts- und Landgericht Münster zugelassen.

